

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
DIVISIBILITÉ DES CLAUSES

DU
CONTRAT DE MARIAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 3 novembre 1913, à 3 heures

PAR

Albert BARATHON

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Président : M. BARTIN, professeur.

*Suffragants : { MM. PLANIOL, professeur.
BERNARD, agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1913

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
DIVISIBILITÉ DES CLAUSES

DU
CONTRAT DE MARIAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le lundi 3 novembre 1913, à 3 heures

PAR

Albert BARATHON

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Président : M. BARTIN, professeur.

*Suffragants : { MM. PLANIOL, professeur.
 BERNARD, agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1913





Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE LA

Divisibilité des clauses du contrat de mariage

INTRODUCTION

Le mot « Indivisibilité » implique, par son étymologie même, l'idée d'une impossibilité de division. Il désigne un certain état d'unité qui rend la division impossible.

Si l'on veut bien remarquer que la division d'un acte juridique peut se produire à un grand nombre de points de vue, on en conclura que l'idée d'indivisibilité correspond à un grand nombre de notions distinctes.

C'est ainsi que l'expression est employée concurremment à propos des servitudes, des obligations, des hypothèques.

Et dans chacun de ces domaines elle correspond à des conceptions différentes.

Car si le mot implique une idée générale de non-division, cette non-division tient à des raisons diverses, et l'essence même de ces indivisibilités ne saurait se comparer : unité de service et d'utilisation dans la servitude, unité de paie-

ment dans l'obligation, unité d'affectation dans l'hypothèque.

C'est ainsi encore qu'une unité de conception et de classification entraînera également une indivisibilité dans l'interprétation des actes juridiques, et qu'une unité dans l'équilibre d'un acte ou dans son utilité finale entraînera une indivisibilité dans sa validité ou dans sa nullité.

Le problème de l'indivisibilité revêt autant de faces diverses qu'il est de domaines dans lesquels il se pose, et l'obscurité de cette matière tient peut-être à ce qu'on a toujours tendu à l'examiner sous un seul aspect, à ramener à une conception unique des solutions d'une grande complexité. Ces diverses notions d'indivisibilité, quoique présentant des traits généraux, correspondent à des idées si nombreuses qu'on a pu être tenté d'en faire abus.

C'est ce qu'a fait remarquer avec beaucoup de force M. Gény (1) :

« Comme idée de cette sorte, ayant eu dans notre dog-
« matique, parfois même dans notre jurisprudence, une for-
« tune vraiment singulière, je citerai l'idée d'indivisibilité.
« Quels emplois surprenants n'en a-t-on pas faits, et si l'on
« veut bien me pardonner l'expression, à quelle sauce ne l'a-
« t-on pas mise dans les matières les plus diverses ? Indivisi-
« bilité de l'état des personnes pour appuyer la théorie du
« légitime contradicteur dans les questions d'état. Indivisi-
« bilité de l'obligation alimentaire pour en tirer le principe

(1) Gény, *Interprétation*, n° 75, p. 151.

« d'une condamnation au tout contre les divers débiteurs
 « d'aliments. Indivisibilité des attributs de la puissance pa-
 « ternelle afin d'exclure l'intervention modérée et souple des
 « tribunaux en dehors des cas légaux de déchéance de la
 « puissance paternelle. Indivisibilité du régime du conseil
 « judiciaire pour imposer l'application en bloc de toutes les
 « incapacités édictées par les articles 499 et 513 du Code
 « civil. Indivisibilité de la saisine héréditaire permettant une
 « pétition d'hérédité totale à l'un ou quelques-uns de plu-
 « sieurs héritiers saisis. Indivisibilité du patrimoine entraî-
 « nant indivisibilité de l'hérédité et de l'acceptation de celle-
 « ci. Indivisibilité de la condition, envisagée comme une né-
 « cessité logique, etc... Or assurément je ne voudrais pas
 « prétendre que tous les résultats rattachés à ces applications
 « si nombreuses de l'idée d'indivisibilité soient à rejeter en
 « eux-mêmes. Mais j'observe seulement que ces résultats,
 « quand on les doit admettre, se justifient par des motifs
 « d'équité ou d'intérêt pratique, tandis que la conception dont
 « on les fait dépendre, rarement fondée sur la nature des
 « choses (et l'interprétation s'en est bien aperçue quand elle
 « en a voulu chercher les bases), reste le plus souvent sub-
 « jective, de telle façon qu'en le prenant comme fondement
 « objectif d'une construction juridique, on s'expose, de gaieté
 « de cœur, à des résultats erronés. »

Nous croyons utile de préciser ici ce que nous entendons
 par l'*Indivisibilité du contrat de mariage*.

Nous nous limiterons à un aspect de l'Indivisibilité : celui

qui consiste dans l'impossibilité d'établir une division dans un acte par rapport aux nullités qui peuvent le frapper.

Nous voulons rechercher si, quand une partie d'un acte est nulle, cette nullité partielle entraîne comme conséquence une nullité totale.

Et c'est cet aspect de l'indivisibilité vis-à-vis de la nullité que nous nous proposons d'étudier particulièrement en ce qui concerne le contrat de mariage.

Si nous nous limitons à ce point de vue, nous constaterons de suite que le contrat de mariage peut être considéré comme un des éléments de la situation juridique existant entre gens mariés. Le contrat règle la situation pécuniaire quand le mariage règle la situation des personnes.

Et alors on peut se demander dans quelle mesure la nullité du contrat de mariage ou la nullité du mariage entraînera la nullité de la situation juridique tout entière qui existe entre époux.

On peut également se placer non plus en face des rapports de validité du mariage et du contrat de mariage, mais en face des rapports existant entre les différentes parties du contrat pour se demander en quoi la nullité des unes peut entraîner la nullité des autres.

En d'autres termes, et d'une façon plus précise, le problème de l'indivisibilité du contrat de mariage nous apparaît comme posant la question des rapports *du mariage avec le contrat* et des *différentes parties du contrat entre elles*, questions essentiellement différentes d'ailleurs.

PREMIÈRE PARTIE

RAPPORTS DE VALIDITÉ ENTRE LE MARIAGE ET LE CONTRAT DE MARIAGE

Nous venons d'indiquer que le principe de toute indivisibilité était l'impossibilité d'établir une division dans un acte juridique en se plaçant à un point de vue déterminé.

Appliqué aux rapports du contrat de mariage avec le mariage, le principe de l'indivisibilité conduirait à dire, quand on l'examine au point de vue nullité, que l'état des gens mariés n'est pas susceptible de division, et que, par suite, si le mariage est nul, le contrat suit son sort, et qu'inversement si le contrat de mariage est nul, le mariage doit l'être également.

Mais il pourrait également conduire à cette autre conséquence que la validité de l'une des parties, mariage ou contrat, réagirait sur l'autre, entraînant validité du tout.

Ceci dit, il nous sera aisé de montrer que ce principe d'indivisibilité n'existe pas entre le mariage et le contrat de mariage parce que les conséquences qui devraient en découler sont excessives et inacceptables.

De toute évidence, en effet, si cette indivisibilité existait, la nullité de l'un des éléments entraînerait la nullité de l'autre, à moins au contraire que la nullité de l'un ne se couvre par la validité de l'autre.

De toutes façons, il ne saurait y avoir qu'une solution, nullité totale ou validité totale. Or il est bien facile de montrer que nombreux sont les cas où l'un des éléments est valable, l'autre, nul.

Sans doute le contrat de mariage dépend du mariage qu'il précède forcément, en ce qu'il ne reçoit pas d'exécution avant le mariage.

Sans doute aussi la dissolution du mariage met fin au contrat, et la nullité du mariage entraîne annulation du contrat.

Mais : 1° en sens inverse la validité du mariage reste sans influence sur la nullité du contrat sans quoi, par définition, il n'y n'aurait jamais de contrat nul entre gens mariés valablement.

Un premier point est donc acquis ; il peut y avoir mariage valable et contrat nul.

2° D'un autre côté, il est certain que la nullité du contrat ne pourra jamais atteindre le mariage et entraîner la nullité. Si le mariage engendre forcément un régime matrimonial, celui-ci n'a aucune répercussion sur le mariage lui-même.

C'est là, notons-le en passant, une différence fondamentale entre l'indivisibilité prétendue du contrat de mariage et du mariage, et celle qui pourrait exister entre les diverses parties du contrat de mariage.

La première se fonde sur un lien de dépendance résultant de ce que le contrat ne peut prendre naissance qu'avec le mariage, la seconde se base sur ce que dans le contrat les

clauses s'expliquent l'une par l'autre et ne sauraient être arbitrairement scindées.

La soi-disant indivisibilité entre le mariage et le contrat de mariage ne saurait trouver son fondement que dans l'une des trois idées suivantes :

1° Le contrat est fait *Si nuptiæ sequantur*, ou bien :

2° La capacité est la même pour le contrat et le mariage : *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, ou enfin :

3° Le mariage, par le fait de sa célébration, opère une cristallisation du contrat qui devient aussitôt immuable (art. 1395 C. civ.).

Nous allons reprendre successivement dans trois chapitres chacune de ces idées en vue de démontrer que l'indivisibilité, qui, comme nous l'avons dit, n'existe pas d'une manière générale entre le contrat et le mariage, n'existe pas plus entre eux d'une manière particulière et limitée à l'un quelconque de ces points de vue.

CHAPITRE PREMIER

Il n'y a véritablement pas indivisibilité entre le contrat de mariage et le mariage lui-même, mais tout au plus dépendance entre deux situations juridiques dont l'une commande l'autre, « *Voraussetzung* », diraient les Allemands, par opposition au mot « *Bedingung* » par lequel ils désignent la condition proprement dite (1).

Il n'y a pas plus indivisibilité entre ces deux actes qu'il n'y a indivisibilité entre le testament et la mort du testateur, ou, de façon plus générale, entre tout élément essentiel d'une situation juridique et la naissance de cette situation.

On ne saurait en effet, au point de vue juridique, parler d'indivisibilité entre la cause et l'effet.

Si l'on a pu croire à une indivisibilité entre le contrat et le mariage, c'est que l'on a donné une fausse interprétation de la règle suivant laquelle le contrat est subordonné à la condition *Si nuptiæ sequantur*.

Il en résulte bien que le contrat ne peut exister sans lien matrimonial, mais à l'inverse il n'en résulte nullement que le lien matrimonial dépende du contrat.

(1) Cf. Aubry et Rau, 5^e édit., t. VII, § 501, note 8 *bis*.

La règle est simplement l'expression de cette constatation que le contrat de mariage, étant passé en vue d'une situation de fait (la vie en commun des gens mariés), ne peut exister qu'à condition que cette situation de fait se réalise.

Il n'y a pas, entre le mariage et le contrat, l'union étroite qui existe entre les diverses parties d'une situation unique, il y a plutôt le lien qui existe entre deux situations dont l'une engendre l'autre, en sorte que si la seconde ne peut exister sans la première, celle-ci est indépendante de la seconde.

On peut établir une division entre elles ; il n'y a pas indivisibilité.

CHAPITRE II

Certains auteurs cependant, Troplong le premier (1), ont parlé d'indivisibilité entre le contrat de mariage et le mariage lui-même. Mais ils l'ont fait dans un sens très étroit qu'il convient de préciser.

Au point de vue *capacité*, Troplong a soutenu qu'il y aurait indivisibilité entre le contrat et le mariage, et que cette indivisibilité entraînerait la possibilité pour un prodigue de faire seul son contrat.

Même ainsi limité à la question de capacité, même envisagé en ce sens qu'il conduirait à la validité totale et non à la nullité, doit-on admettre le principe d'indivisibilité formulé par Troplong ?

Pour cet auteur le pouvoir de contracter mariage entraînerait capacité de faire le contrat, et il en fait application particulière au *prodigue*.

Nous allons d'abord étudier si cette conception très large de notre maxime est acceptable en nous plaçant en face des arrêts.

L'incapacité dont est frappé le prodigue étant limitée à certains actes prévus par l'article 513 du Code civil, parmi lesquels le mariage ne figure pas, il ne saurait y avoir de

(1) Troplong, *Traité du contrat de mariage*, I, n° 295.

doute sur le mariage lui-même. Et c'est en partant de ce point que Troplong a prétendu que la validité du mariage du prodigue entraînait forcément et de plein droit la validité du contrat de mariage, les deux actes étant à ses yeux indivisibles.

D'après lui, en effet, la validité du mariage étant certaine, il fallait conclure à la validité de ce bloc indivisible composé du mariage et du contrat.

La Cour de cassation a admis cette manière de voir dans deux arrêts. Le premier du 24 décembre 1856 (1), le second du 5 juin 1889 (2). Le fait que la Cour suprême a repris en 1889 sa jurisprudence de 1856 qu'elle avait une première fois abandonnée en 1857 et qu'elle a définitivement sacrifiée le 24 juin 1892 (3) montre l'importance de l'étude de cette prétendue indivisibilité.

La jurisprudence a définitivement abandonné ce principe proposé par Troplong.

Comme nous venons de le voir, ce principe avait été invoqué tout d'abord devant les tribunaux pour justifier la validité du contrat de mariage du prodigue par voie de conséquence tirée de la validité de son mariage.

Dans un arrêt du 28 décembre 1831 (4), la Cour de cassation présente les considérants suivants :

« Attendu que le mariage et le contrat de mariage qui en règle les conventions purement civiles ne sont pas et ne

(1) D. 57.1.18.

(2) D. 91.1.452.

(3) D. 92.1.369, S. 94.1.449.

(4) Dalloz, *Jur. gén.*, V^o *Mariage*, n^o 213.

« doivent pas être rigoureusement soumis aux mêmes règles ; en effet, le mariage tient essentiellement à l'ordre public et au droit public, tandis que les conventions civiles ne peuvent être régies que par le droit civil, et souvent des mariages ont été privés des effets civils sans être annulés.

« Attendu qu'il n'existe aucune loi qui ait tellement lié le contrat de mariage et le mariage qu'il soit légalement impossible de maintenir le mariage sans maintenir aussi les conventions civiles. »

L'arrêt du 24 décembre 1856 (1) dit de même :

« Attendu que le mariage et le contrat de mariage, quoique liés intimement l'un à l'autre, n'étant point des actes du même ordre, de la même importance, ont chacun leurs règles propres et particulières ; que les dispositions faites par contrat de mariage peuvent être arguées de nullité sans que pour cela le mariage, convert par la protection spéciale de la loi, soit susceptible d'être attaqué par la même personne et dans les mêmes délais ; qu'ainsi l'on ne saurait se prévaloir des fins de non-recevoir établies par le Code Napoléon contre l'action des collatéraux en nullité de mariage pour soutenir que ces collatéraux devenus héritiers de l'époux donateur sont, par une conséquence nécessaire, non recevables à attaquer les dispositions faites par lui dans son contrat de mariage. »

L'arrêt des chambres réunies du 21 juin 1892 (2), sans se montrer aussi net dans ses termes, et sans employer l'ex-

(1) D. 57.1.17.

(2) D. 92.1.369, S. 94.1.449 déjà cité.

pression d'indivisibilité, repousse du moins le principe et se prononce dans le même sens.

Les Cours d'appel ont toujours admis que le mariage et le contrat de mariage étaient parfaitement divisibles, se prononçant très nettement contre l'indivisibilité (1), et en tirent cette conséquence que la validité du mariage du prodigue est sans contre-coup sur la validité de son contrat de mariage, et que la nullité de celui-ci se décide par des raisons tirées de la nature propre du contrat.

Cette indépendance du mariage et du contrat résulte avec plus de force encore d'un second groupe d'arrêts visant une autre hypothèse que celle du mariage du prodigue.

La question s'est posée à propos du mariage d'une jeune fille *mineure* sans père ni mère ni aucun autre ascendant et qui n'avait obtenu, ni pour son mariage, ni pour son contrat, le consentement du conseil de famille. La nullité du mariage s'était couverte par le délai d'un an (art. 183, C. civ., *in fine*) écoulé depuis que la femme était devenue majeure. Au décès de celle-ci, ses enfants demandaient la liquidation des droits de leur mère dans la communauté légale de biens ayant existé à défaut de contrat valable entre elle et son mari. Et le problème, précisément, était en réalité de savoir si cette communauté légale existait réelle-

(1) Bordeaux, 7 février 1855, D. 56.2.250, S. 56.2.65 ; Agen, 21 juillet 1857, D. 57.2.168, S. 57.2.530 ; Pau, 31 juillet 1855, D. 56.2.249, S. 56.2.65 ; Orléans, 11 décembre 1890, D. 91.2.362.

ment, c'est-à-dire si la confirmation du mariage avait eu ou non pour effet de couvrir la nullité du contrat.

La Cour de Riom, le 23 juin 1853 (1), et la Cour de cassation, le 13 juillet 1857 (2), n'ont pas hésité à déclarer que le sort du contrat était demeuré complètement indépendant de celui du mariage ; que le mariage, parfaitement valable, était accompagné d'un contrat nul, notamment parce que, en dehors de l'argument tiré de la nature propre de chacun de ces actes, une différence certaine existe entre leurs nullités, la nullité du contrat étant toujours absolue par application de l'article 1395 du Code civil, alors que la loi connaît, en matière de mariage, des nullités relatives.

Dès lors, nous pouvons conclure.

Le contrat peut être nul sans que le mariage le soit, et c'est à tort qu'on a voulu conclure de la validité du mariage du prodigue à la validité de son contrat, car si cet argument était juste, il ne saurait jamais y avoir de contrat de mariage nul quand un mariage est valable, et la théorie des nullités du contrat de mariage serait réduite à la théorie des nullités du mariage lui-même.

Après avoir repoussé l'opinion qui donne à l'article 1398 du Code civil une portée si large et l'avoir réduite à cette simple constatation que les autorisations dont doit s'entourer le mineur sont les mêmes pour les deux actes, demandons-nous si, ainsi limitée, la règle *habilis ad nuptias*, contient en elle un principe d'indivisibilité.

(1) D. 55.2.321.

(2) D. 57.1.334.

Si l'on veut limiter cette indivisibilité à la simple question de savoir quelle sera l'autorité compétente pour réaliser l'un et l'autre acte juridique et dire qu'il y a indivisibilité entre les deux capacités, il sera bien facile de répondre que la capacité doit exister non une fois, mais deux fois, et deux fois semblables à elle-même. Cela est évident pour les mineurs, puisque l'assistance nécessaire pour réaliser un des actes doit être répétée semblable pour le second. Il n'y a donc aucune indivisibilité, puisque les situations, quoique semblables, ont chacune leurs éléments de validité propres.

En outre, puisqu'il est admis aujourd'hui que l'article 1398 du Code civil ne s'applique qu'au seul mineur de vingt et un ans, on peut dire qu'au lieu de se référer à une règle de droit commun, il consacre une disposition tout à fait exceptionnelle pour le mineur. Cette démonstration a été faite en termes saisissants par M. le procureur Ronjat : « Ce pour-
« voi, dit-il, invoque en vain l'article 1398 du Code civil, cet
« article contient des dispositions spéciales au mineur qui ne
« peuvent être appliquées au prodigue puisque le mineur
« doit être assisté de personnes dont le consentement est né-
« cessaire pour la validité de son mariage et que le prodigue
« peut se marier sans le consentement de son conseil. Bien
« mieux, si le législateur a édicté un texte spécial pour don-
« ner au mineur la capacité de faire un contrat, c'est la preuve
« que cette capacité ne résulte pas de la capacité de se marier
« qui lui est conférée par d'autres textes, ce qui démontre que
« les deux capacités ne sont pas la conséquence l'une de l'au-

« tre et que la maxime: *Habilis*..... n'est pas une règle du
« droit actuel. »

Ainsi il semble bien acquis aujourd'hui que la capacité pour faire le contrat de mariage et la capacité pour se marier obéissent à des règles bien distinctes et que l'article 1398 du Code civil n'a institué entre le contrat et le mariage aucune espèce d'indivisibilité même limitée aux questions de capacité.

CHAPITRE III

L'indivisibilité pouvait encore apparaître sous un dernier aspect.

Le contrat de mariage et le mariage seraient indivisibles en ce que le mariage, contracté, donnerait au contrat une stabilité plus grande en le rendant désormais immuable.

Ainsi on pourrait être tenté de rattacher le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et la règle de l'indivisibilité entre le mariage et le contrat.

On sait en effet la difficulté très grande que l'on rencontre à justifier le principe de l'immutabilité. Il n'est à proprement parler ni tout à fait édicté en faveur des tiers, comme par exemple l'article 1543 du Code civil, ni tout à fait dans l'intérêt des époux. D'autre part, dire, comme on l'a fait, que le contrat de mariage est immuable, parce qu'il est non une convention ordinaire mais une sorte de charte constitutionnelle du mariage, c'est sous-entendre que, si les autorités ordinaires, qui peuvent modifier un acte juridique normal, sont frappées d'impuissance en face d'un acte constitutionnel, du moins il devrait y avoir, au-dessus d'elles, des autorités supérieures, une sorte de pouvoir constituant qui aurait ce droit !

Au contraire, on peut être tenté d'expliquer assez facile-

ment l'immutabilité si on admet que le mariage et le contrat forment un bloc indivisible. Le contrat de mariage serait immuable dans la mesure où le mariage le serait. Dès lors le contrat ne pourrait recevoir de modification que dans la mesure où le mariage en subirait lui-même. La preuve, dirait-on, c'est que le régime de séparation de biens sera la conséquence forcée, le corollaire obligé de la séparation de corps, parce que, dans la séparation de corps, le lien du mariage se trouve sinon rompu, du moins relâché, et qu'un relâchement semblable s'opère pareillement dans l'union des intérêts pécuniaires.

Ainsi se trouverait éclairée la disposition de notre Code relative au rétablissement des conventions matrimoniales après la réconciliation des époux séparés. Nous aurons d'ailleurs occasion de revenir avec plus de détails sur cette question, mais nous pouvons dès à présent indiquer qu'il serait facile de soutenir que la loi a entendu maintenir parfaite l'harmonie entre le mariage et le contrat en établissant entre les époux réconciliés plusieurs catégories de solutions relatives à leurs intérêts pécuniaires, justement pour leur permettre de les faire concorder avec la force du lien matrimonial qui peut avoir été plus ou moins profondément atteint. Cette explication a du moins le mérite d'essayer d'éclaircir un point resté obscur.

Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales n'est pas seulement inscrit dans nos lois, il est adopté par les Tribunaux qui ont même une tendance à l'étendre. Il semble donc correspondre à une réalité juridique.

L'ensemble des législations qui n'ont pas été soumises à une espèce de régime matrimonial, il paraît bien le complément nécessaire des législations dans lesquelles il en a été fait entre plusieurs peuples. Le Code civil en a donné l'idée à elle. la jurisprudence l'a son tour adoptée et développée, notamment en ce qui concerne à l'égard des règles du contrat de mariage, qu'on considère comme étant toujours par l'extension qu'on donne au mariage de l'union civile.

Ainsi que le fait remarquer M. Japet, il est très difficile d'expliquer rationnellement, mais à l'école romaine, comment le principe de l'immixtion peut intervenir dans les questions des nullités absolues ou relatives du mariage, puisque « en résumé à un loi relative à l'adultère, pas plus que la nullité relative, un changement de régime, en droit, et que la nullité relative n'empêche, pas plus que la nullité relative, un changement de régime en fait ».

Mais ce n'est pas sans cause d'indisposition entre le contrat de mariage et le mariage que se trouve le principe de l'immixtion, car si le contrat ne pouvait recevoir d'atteinte que dans la mesure où le mariage le reçoit, la jurisprudence n'aurait pas pu admettre que le mariage soit susceptible de nullité relative, alors que le contrat n'est susceptible que de nullité absolue. Et cependant, c'est à ses yeux une conséquence de l'immixtion.

Nous devons donc concéder ailleurs le principe de l'immixtion, comme le fait M. Japet, et références.

mutabilité, et nous croyons le découvrir dans cette idée que ce principe a pour but et pour fondement *de déterminer dans quelle mesure les parties sont soumises au régime conventionnel ou au régime légal, en traçant entre eux une ligne de démarcation.*

Si nous nous plaçons à ce point de vue, si nous admettons que le principe de l'immutabilité signifie simplement qu'à partir du mariage c'est le régime légal qui, seul, peut saisir les conventions non encore réglées et que son empire est désormais absolu, toute nullité de contrat entraîne fatalement comme corollaire l'application du régime légal.

S'il en est ainsi, il paraît certain que les tiers ont toujours le droit d'invoquer contre les époux le régime matrimonial sous lequel ils vivent, et par voie de conséquence ont le droit de vouloir s'en tenir au régime véritable qui seul règle les rapports des époux.

Ce régime véritable ne peut être qu'un régime unique bien spécifié ; il est impossible qu'il soit remis à la volonté des époux, car s'il en était ainsi, la ligne de démarcation entre le régime conventionnel et le régime légal que le principe d'immutabilité a pour fonction d'établir n'existerait plus. Ainsi toute nullité relative du contrat de mariage apparaît bien contraire au principe de l'immutabilité.

Lorsque les tiers demandent la nullité d'un contrat de mariage, ce n'est pas tant la chute du régime qu'ils ont en vue, que l'établissement du régime légal substitué à lui ; ce n'est pas tant une action en nullité de contrat qu'ils intentent,

qu'une action en déclaration et en reconnaissance de régime matrimonial légal.

On peut donc concevoir que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales aura pour raison d'être supérieure de maintenir dans une législation qui admet la pluralité des régimes matrimoniaux au choix des parties, certains des avantages qui caractérisent les législations où, au contraire, il n'existe qu'un régime unique et imposé.

Ainsi envisagée la question de l'immutabilité se rattacherait à celle de savoir dans quelle mesure la volonté des parties est dominante dans la matière des régimes matrimoniaux et consacrerait une réaction, témoignage de la survivance des idées primitives, malgré l'application des théories modernes inspirées des notions révolutionnaires qui avaient cours au commencement du *xix*^e siècle et dont l'inspiration, d'un individualisme parfois outré, a si fortement influencé notre Code.

Dès lors le principe de l'immutabilité ne se justifierait ni par la pensée de sauvegarder les tiers, ni par le désir de protéger les époux l'un contre l'autre, il ne poursuivrait ni un but économique ni un but social. Il ne serait que la manifestation de cette idée que la volonté ne doit pas jouer en matière de contrat de mariage un rôle aussi important que dans les autres contrats, que le règlement des intérêts pécuniaires y est en principe légal, par exception, conventionnel, et que cette exception est très strictement limitée à la période antérieure au mariage.

En consacrant cette solution, jusque-là inconnue, que la

loi mettrait tous les régimes sur le pied d'égalité, le législateur allait opérer un bouleversement complet de toutes les idées reçues en cette matière.

Il lui a paru que sur deux points tout au moins il convenait de respecter l'ancien état de choses ; c'est-à-dire :

1° D'adopter un régime légal.

2° De restreindre le libre choix à la période antérieure au mariage.

Sur ces deux points il revenait en somme à l'ancienne théorie qui avait consacré ces deux idées comme la double face de cette notion qu'en règle générale le régime matrimonial relève beaucoup plus de la loi que de la volonté des parties.

Dès lors, à défaut d'une convention exceptionnelle, c'est le régime légal qui saisit les époux contraints et forcés, et sans acceptation tacite de ce régime.

Comme conséquence : tout ce qui n'a pas été convenu formellement avant le mariage, n'a pu échapper au caractère nettement impératif du régime légal. Il est impossible de faire aucune modification au contrat une fois le mariage réalisé, parce que toute modification aurait pour premier résultat de porter atteinte au régime légal qui a saisi les époux à partir du mariage dans toutes les parties que leur contrat n'a pas réglées.

Ainsi la question de l'immutabilité se rattache-t-elle à la notion de liberté des conventions. Elle a pour but de faire leur part à chacune des deux conceptions extrêmes en pré-

sence et entre lesquelles le Code a, comme le plus souvent, adopté un système transactionnel. Appelé à choisir entre le système de la liberté des conventions matrimoniales et celui du régime légal, il a résolu le problème en appliquant distributivement ces deux systèmes dans le temps.

Avant le mariage, liberté absolue et régime essentiellement conventionnel.

Après le mariage, c'est le règne du régime légal avec son caractère impératif et absolu.

Et ceci est très rationnel.

Cette sorte de transaction contient en effet en elle une grande part de vérité. Les raisons qui militent en faveur du principe de liberté et celles qui militent en faveur du régime légal sont tour à tour vraies ou fausses suivant qu'on se place dans la période qui précède le mariage ou dans celle qui le suit.

Tous les dangers que présente la souplesse du système de liberté sont peu considérables dans la période antérieure au mariage ; ils y sont réduits à leur strict minimum. Seuls les avantages de ce système plus varié, plus souple, apparaissent alors. Mais aussitôt le mariage conclu, le régime légal est préférable, parce que plus ferme, moins périlleux, parce que plus conforme au besoin de stabilité et de certitude qui est le propre du mariage.

Etant donné que, à défaut de convention formelle, c'est le régime légal qu'entraîne le mariage, c'est au mariage que se place naturellement la frontière, la démarcation entre le régime conventionnel et le régime légal. Ce qui est tout à

fait caractéristique de l'immutabilité, c'est que ces deux domaines doivent rester impénétrables l'un à l'autre, et que si, comme il est évident, le régime légal ne peut anticiper sur la période antérieure au mariage, par voie de conséquence le régime conventionnel ne peut régir cumulativement avec le régime légal le temps postérieur au mariage.

L'idée de régime légal emporte avec elle un principe d'autorité absolue et de contrainte. Le mariage a pour conséquence d'imprimer la marque du régime légal même aux unions dont les intérêts ont été réglés par des stipulations conventionnelles. Il les saisit dans la mesure où leurs conventions sont insuffisantes et ne contiennent pas une réglementation totale dans la mesure où ces dispositions ne sont pas contradictoires avec le régime légal. Cette démonstration suppose d'ailleurs résolue la question de savoir quel est le caractère impératif du régime légal et s'oppose à la doctrine d'après laquelle le régime de communauté serait un régime conventionnel tacite.

Enfin un dernier argument peut être tiré de ce fait généralement inexpliqué que l'immutabilité ne saurait s'appliquer aux tiers. Les dispositions que ceux-ci peuvent prendre ne sauraient être saisies par le régime légal au jour du mariage, la loi a formellement réservé le droit pour les tiers de faire des libéralités en stipulant qu'elles échappaient aux règles de la communauté légale. Et par voie de conséquence elle leur permet de faire ces libéralités en stipulant qu'elles échappent aux règles du régime conventionnel.

S'il en est ainsi, on peut déterminer dans quelle mesure le mariage et le contrat seraient indivisibles au point de vue de l'immutabilité.

Nous savons que toute union conjugale entraîne association de biens. Nous avons appris qu'une fois le mariage conclu, cette association ne pouvait avoir pour base une convention. Il en peut ressortir assurément un renforcement dans la situation des conventions matrimoniales dont le sort va être assuré sitôt le mariage conclu et mis à l'abri des changements ultérieurs. Mais que faut-il en conclure touchant l'indivisibilité ? Rien, sinon que la loi a décidé que tout mariage entraînait association d'intérêts, que ceux-ci pouvaient être réglés conventionnellement jusqu'au mariage, sinon qu'ils le seraient légalement sitôt le mariage conclu.

De ce qu'une situation de fait entraîne une réglementation légale, ce n'est point là un cas d'indivisibilité, c'est simplement l'énoncé de cet axiome qu'une réglementation s'applique forcément à des cas déterminés, sans quoi elle serait sans objet. Le contrat de mariage ne peut s'appliquer, sous peine de manquer d'objet, qu'à des gens mariés. Dira-t-on que, dans tout acte juridique, il y a indivisibilité entre le sujet et l'objet du droit ?

Si nous abandonnons le terrain du droit proprement dit pour aborder les considérations sociales et économiques, nous nous demanderons maintenant s'il existe une harmonie constante et nécessaire entre le mariage et le contrat. Il

n'est pas possible de le soutenir. On pourrait prétendre par exemple que la séparation de biens aura forcément un retentissement sur le lien matrimonial, et que c'est pour un tel motif qu'il n'est point permis aux créanciers de la femme de la demander de son chef. Mais c'est oublier qu'en cas de faillite, elle a lieu de plein droit. On pourrait prétendre de même que la séparation de biens suit la séparation de corps parce que le relâchement du mariage entraîne la séparation d'intérêts, mais c'est oublier que cette séparation des intérêts peut subsister même après la réconciliation.

Vouloir que dans ce cas les époux apprécient eux-mêmes l'atteinte portée au lien matrimonial pour harmoniser leur régime pécuniaire, c'eût été, quand les parties se sont réconciliées sans statuer sur le sort de leur régime, mettre le juge dans un cruel embarras, si le Code n'avait maintenu dans cette hypothèse la séparation de biens. Mais cette règle impérative est précisément la négation même du système qui prétend que des situations variées doivent répondre aux cas les plus divers.

Et si l'on veut encore davantage se convaincre de la vanité qu'il y aurait à vouloir réunir trop étroitement dans une pensée commune le mariage et le contrat, qu'il suffise de rechercher comment se comportent dans la pratique les régimes matrimoniaux, et comment ils répondent aux préoccupations de ceux qui les ont choisis.

Assurément, en plaçant plusieurs régimes à la disposition des futurs époux à qui libre choix est donné, le législateur n'a pu songer qu'ils se détermineraient à l'aventure ; il a

dû croire que l'option serait guidée par des raisons tirées de chaque espèce, et parmi ces raisons il ne semble pas qu'il puisse y en avoir de plus graves, de plus sérieuses que celles qui ont déjà influencé le mariage lui-même.

Suivant la situation sociale, l'âge, le caractère des futurs époux, ne convient-il pas de décider si l'on unira dans un labour commun et pour réaliser des bénéfices communs deux activités commerciales, ou le travail de l'homme et l'économie de la femme ? Si deux oisifs ne garderont pas chacun la jouissance d'une fortune qui doit assurer leur indépendance ? Si la vigilance des parents ne doit pas réserver aux époux contre le hasard des aventures une dot inaliénable ?

N'est-ce pas du mariage projeté que doit découler le choix de tel ou tel régime : et celui-ci ne sera-t-il pas la condition même imposée souvent par les parents, la base des négociations pécuniaires, la raison des plus fréquentes ruptures, et, au dire des misanthropes, le plus honteux des marchés ?

Ainsi donc tant de négociateurs ont cru qu'ils allaient, par leurs conventions pécuniaires, assurer une harmonie complète entre les caractères et les intérêts, ce fut leur prétention, et laborieusement ils s'y sont essayés !

De cette grande œuvre, quel va être le résultat ?

Il ne saurait être avantageux que si les événements justifient les pronostics et amènent les éventualités qui furent prévues. Mais c'est bien la chose la plus improbable. Et il est justement facile de voir que dans la vie courante les

époux se conduiront, se guideront, non d'après le régime qui leur fut imposé, mais bien d'après celui qu'ils jugeront le plus compatible avec leur caractère et le mieux approprié aux circonstances. Ceux qu'on a jugés égoïstes trouveront dans une union heureuse des éléments de concorde ; ils mettront leurs ressources en commun et leur séparation restera lettre morte entre eux. Ceux-là au contraire qui furent mariés sous la communauté d'acquêts trouveront dans la divergence de leurs sentiments et dans l'opposition de leurs manières de vivre des raisons profondes d'établir en fait entre eux une séparation d'intérêts.

Sans doute, chaque fois qu'il s'agira d'un acte important. leur régime interviendra, mais qui ne sait qu'entre gens mariés tout acte important exige la signature des deux époux, et qu'importe l'ordre des signatures ? Telle femme séparée n'agira que sur la pression de son mari et à son corps défendant ; telle femme commune prendra l'initiative de l'acte pour lequel son mari l'autorisera plutôt qu'il ne lui demandera son concours. Qui donc, même vivant dans l'intimité des époux, pourrait à leur conduite journalière reconnaître le contrat qui le régit ?

Reste à vrai dire le régime dotal pour lequel il semble bien que les époux ne soient pas maîtres de substituer en fait un régime nouveau à celui qui leur fut dicté. Mais n'est-ce pas là, justement, qu'éclate avec le plus d'évidence la divergence profonde qui peut exister entre le mariage et le contrat ? Tel régime dotal fut imposé pour empêcher des dissipations d'époux jugés frivoles, et il se retourne préci-

sément contre eux le jour où, dans un acte de sage prévoyance, ils veulent employer leur fortune non pour la dissiper, mais pour la rendre plus productive et plus sûre.

Vouloir établir une corrélation entre le contrat de mariage, et les événements du mariage, c'est vouloir s'essayer à cette tâche impossible d'associer le présent et l'avenir.

En fait, les époux corrigent justement par leur manière de vivre les stipulations d'un contrat dont le plus souvent ils ignorent la portée. Bien souvent celui-ci ne se révèle à eux que par les difficultés de la liquidation et, fait pour le temps du mariage, il ne prend vraiment tout son intérêt et sa vie que le jour où le mariage n'existe plus.

Ne nous attachons donc pas outre mesure au lien « intellectuel » qu'on prétend établir entre le contrat de mariage et le mariage. Précisément parce qu'intellectuel, il est factice et ne correspond pas à la réalité des choses de la vie.

Entre le mariage et le contrat il n'y a, à quelque point de vue qu'on se place, aucune indivisibilité.

DEUXIÈME PARTIE

INDIVISIBILITÉ ENTRE LES CLAUSES D'UN MÊME CONTRAT

Toute différente de la question de l'indivisibilité prétendue entre le mariage et le contrat de mariage se présente maintenant à nous la question de l'indivisibilité entre les diverses clauses d'un même contrat de mariage.

Cette indivisibilité peut se poser à propos de l'interprétation du contrat, elle peut également surgir à propos de la répercussion que peut avoir la nullité d'une partie du contrat de mariage sur la validité de l'ensemble.

C'est à ce dernier point de vue uniquement que nous avons l'intention de nous placer.

TITRE PREMIER

ÉTUDE DES PRINCIPES THÉORIQUES APPLICABLES AUX QUESTIONS DE VALIDITÉ SUBORDONNÉE EN GÉNÉRAL

Après avoir montré dans quel sens nous entendons l'indivisibilité du contrat de mariage, nous allons constater, de suite, que le problème, tel que nous l'envisageons, se pose à propos de la répercussion que peuvent avoir les unes vis-à-vis des autres les différentes parties du contrat de mariage, et notamment à propos de l'influence de la nullité d'une stipulation insérée au contrat sur la validité des autres parties de ce contrat.

C'est une question de validité subordonnée.

Si nous voulons examiner cette question dans le contrat de mariage, nous devons d'abord rechercher si, d'une manière théorique, le Code civil nous fournit des éléments de solution pour les questions de validité subordonnée en général et pour toute espèce d'acte juridique.

Nous étudierons ensuite si nous trouvons dans la matière spéciale du contrat de mariage des éléments particuliers de décision.

Nous commençons donc par l'étude théorique des cas

généraux de validité subordonnée dans notre droit civil, avant de passer à l'étude spéciale et particulière de ces questions dans le contrat de mariage.

Examinées au point de vue doctrinal et général, les questions de validité subordonnée se présentent à nous sous deux aspects :

Tantôt elles se posent dans un acte juridique à l'occasion de l'inexécution d'une condition apposée au contrat par la volonté des parties ; c'est la théorie de la nullité des conditions qui entre alors en jeu. Elle est contenue tout entière dans les articles 900 et 1172 du Code civil.

Tantôt, au contraire, il s'agit d'une nullité affectant une partie d'un acte juridique complexe. Et alors se demander si la nullité de cette fraction doit entraîner la nullité du tout, c'est rechercher la liaison qui existe entre ces diverses parties. Mais il est au premier abord manifeste que cette liaison pourrait bien, tout en se rapprochant du lien qui unit la condition à l'acte, en différer cependant à quelques points de vue.

Nous examinerons donc la situation des actes juridiques par rapport à leurs conditions en nous appuyant dans cette étude sur le texte des articles 1172 et 900.

Ensuite nous passerons à l'étude de la question de validité subordonnée dans le contrat de mariage envisagé comme type d'acte juridique complexe, et nous essaierons de montrer en quoi la question d'indivisibilité se pose dans ce contrat d'une façon tout à fait originale.

CHAPITRE PREMIER

Cependant, avant de commencer cette étude, une observation préliminaire est nécessaire. Notre travail est limité à la question de la validité subordonnée. Tout ce qui est étranger à ces questions doit être rigoureusement écarté.

Or, on pourrait être tenté de rattacher à cet examen des difficultés qui, en réalité, sont indépendantes : nous avons en vue les cas où le contrat de mariage fonctionnera au regard d'un des époux et ne fonctionnera pas au regard de l'autre.

Ceci peut se produire dans deux séries d'hypothèses :

1° En cas de mariage putatif (art. 202 C. civ.) ;

2° En cas de divorce (art. 299 C. civ.).

§ 1. — *En cas de mariage putatif* tout d'abord, l'article 202 décide que si la bonne foi n'existe que de la part d'un époux, le mariage ne produit d'effet civil qu'au profit de celui-ci et des enfants issus du mariage ; nous plaçant dans cette hypothèse, nous serons amenés, s'il y a eu contrat, à l'annuler vis-à-vis de l'époux de mauvaise foi, puisqu'il n'a plus pour lui le support d'un mariage valable, et à valider au contraire le contrat au regard de l'époux de bonne foi qui a le droit de tirer toutes les conséquences pécuniaires utiles de son mariage.

Il semble que les conséquences logiques que nous venons

de déduire de l'article 202 soient tout à fait contraires au principe d'indivisibilité du contrat de mariage et que le principe devrait conduire à considérer le contrat de mariage comme un bloc dont il serait impossible de distraire les avantages et stipulations dont peut se prévaloir l'époux de bonne foi des avantages et stipulations dont est privé l'autre époux.

Mais ainsi posée, il nous semble que la question sortirait de son véritable terrain.

Il ne s'agit pas à proprement parler de savoir si le contrat de mariage est indivisible, mais bien de déterminer dans quelle mesure il convient de priver, *à titre de peine*, un des conjoints du droit d'invoquer son contrat.

Et la preuve c'est que, si le conjoint de bonne foi veut invoquer son contrat de mariage en se prévalant de cette bonne foi, il ne peut le faire qu'à condition de demander l'application complète du contrat tout entier, il ne pourra demander l'exécution des clauses qui lui sont favorables tout en repoussant l'application des autres : ici reparaît le principe d'indivisibilité du contrat.

On peut donc dire que le contrat de mariage reste indivisible en cas de mariage putatif, mais que la loi prive l'époux de mauvaise foi du bénéfice des dispositions que le contrat indivisible pourrait faire naître à son profit. Nous sommes en présence d'une idée de peine, et non d'une idée d'indivisibilité.

§ 2. — La même observation doit être faite à propos d'un cas voisin, nous voulons parler de l'article 299 du Code ci-

vil, d'après lequel l'époux contre lequel le divorce aura été prononcé perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits soit dans le contrat, soit postérieurement au mariage.

Là encore il ne s'agit pas de savoir si le contrat est indivisible ou non et s'il est possible de séparer les avantages consentis au profit d'un des époux des avantages consentis au profit de l'autre, la question est toute différente. Il s'agit de savoir comment on pourra punir le conjoint coupable notamment en le privant des avantages auxquels lui donnerait droit précisément l'indivisibilité même de son contrat.

CHAPITRE II

Cette observation faite, revenons à la question de l'indivisibilité dans les actes simples.

Elle paraît avoir été posée à propos de l'influence des conditions dans les articles 1172 et 900 pour les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit.

Ces articles se placent dans l'hypothèse d'un acte conditionnel, dont la condition serait nulle et solutionnent le point de savoir dans quelle mesure la nullité de la condition affecte la validité de l'acte principal. Et il semble bien qu'ils ne puissent le faire sans statuer en même temps sur l'indivisibilité qui peut exister dans un acte conditionnel entre la condition et l'acte lui-même.

Mais si la question de l'indivisibilité se pose dans les actes conditionnels, peut-on déduire, de cette indivisibilité, des principes généraux applicables à l'indivisibilité qui existerait entre les diverses parties d'un acte qui ne serait pas conditionnel ?

Remarquons tout d'abord que dans les actes simples, l'indivisibilité se posera toujours à propos d'une condition, car c'est elle qui seule peut introduire dans un acte simple un élément de division.

Dans les actes complexes, au contraire, il semble qu'on n'ait pas à mettre en œuvre les principes d'indivisibilité qu'on aurait tirés de l'étude des actes conditionnels, mais

si on observe que dans un acte complexe les différentes parties peuvent jouer les unes vis-à-vis des autres le rôle de condition, on comprendra toute l'importance qu'il peut y avoir à étudier d'abord la notion d'indivisibilité dans les actes conditionnels simples.

Les solutions de la question indivisibilité dans les actes conditionnels paraissent au premier abord découler tout simplement de l'intention avouée ou tacite des parties d'établir un lien de dépendance entre l'acte et sa condition, et la tentation est grande de se livrer ici à une recherche d'intention. Mais la facilité même que présente le point de vue doit nous mettre en garde contre lui, en nous faisant redouter l'arbitraire.

Il faut bien remarquer que cette base est singulièrement fragile et qu'il serait souhaitable d'obtenir un critérium plus objectif, partant plus sûr, et qui donnerait une explication plus réaliste des faits.

Si l'on abandonne le point de vue de l'intention présumée, on est amené fatalement à rechercher le lien qui peut unir la condition à l'acte conditionnel dans des éléments internes, qui varieront suivant les cas, et qui auront pour trait distinctif d'établir une relation objective entre la condition et l'acte. Ces éléments se déduiront de la portée de la condition et du rôle qu'elle doit jouer.

Cette méthode conduit donc invinciblement à étudier la condition en elle-même, et de suite il apparaît que cette notion de condition n'est pas unique, mais que tout au con-

traire elle contient en elle les notions les plus diverses, et qu'il faut s'essayer à les préciser. Nous nous efforcerons de le faire dans les développements qui vont suivre.

Tous les actes conditionnels présentent un caractère commun :

Ce sont des actes qui, dans une certaine mesure, ne sont pas définitifs, soit qu'ils dépendent d'un événement futur et incertain dans leur naissance, soit qu'ils en dépendent dans leur extinction. Leur sort ne se trouve donc pas immuablement fixé. Il ne sera réglé d'une manière définitive que quand la condition sera accomplie, ou qu'il apparaîtra comme certain qu'elle ne peut plus l'être.

Ceci dit, recherchons pourquoi ces actes n'ont pas immédiatement le caractère définitif. Cela peut tenir à la situation qu'ils ont pour but de régler et qui, elle-même, n'est pas définitive ; ils répondent alors à un besoin éventuel ou précaire.

Mais on peut également imaginer qu'ils correspondent à une situation présentant un caractère ferme, définitif, et que, malgré tout, on leur ait donné une forme conditionnelle. Cette hypothèse n'a rien d'invraisemblable et elle est au contraire extrêmement fréquente. Il n'est pas en effet un seul acte, si ferme et si définitif qu'il soit, qu'on ne puisse affecter d'une condition : une vente, même faite au comptant, est toujours conditionnelle, subordonnée à la possibilité de réaliser le transfert de propriété qu'elle comporte, et au paiement immédiat du prix.

La principale difficulté née des actes conditionnels est

donc de rechercher, quand une condition nous apparaît, si elle répond bien à une éventualité véritable, ou si, au contraire, les parties ont donné le caractère conditionnel à un acte qui ne le comportait pas nécessairement.

Assurément il ne convient pas de s'attacher obstinément à la forme employée par les parties ; elle peut être le résultat d'une erreur ; elle peut aussi avoir pour but de déguiser la véritable pensée des contractants, et il faut moins s'attacher à ce qu'ils ont dit qu'à ce qu'ils ont voulu faire en réalité et restituer à l'acte sa véritable physionomie juridique.

L'erreur des parties apparaîtra principalement chaque fois qu'elles auront considéré comme une condition ce qui est plutôt une relation de cause à effet. Dire qu'une vente est subordonnée au consentement des parties, c'est dire en réalité que si le consentement n'existait pas, un contrat ne saurait en résulter. Or à ce prix tous les actes seraient conditionnels. Et notre indivisibilité se réduirait à dire qu'on ne peut séparer les causes des effets. Il est inutile d'insister sur cette remarque et il ne saurait être en ce sens que nous étudions l'idée d'indivisibilité.

Pour nous, elle se pose dans le cas où il n'existe justement aucun lien de dépendance forcée et insurmontable entre une cause et les conséquences qui en résultent fatalement.

Mais la condition peut également être déviée de son rôle normal pour déguiser la véritable pensée des parties.

Ceci se produira dans plusieurs catégories d'hypothèses :

1° Quand on ne veut pas faire d'une obligation la contrepartie absolue d'une autre, parce que, l'une de ces obligations étant immorale ou illicite, les parties comprennent l'impossibilité d'en demander impérativement l'exécution. On met alors cet acte immoral ou illicite non *in obligatione*, mais *in conditione* ; on suppose qu'il peut être accompli sans exiger qu'il le soit ; on rémunère son exécution sans contraindre à cette exécution même.

La condition illicite se rapproche de la cause illicite, car : ou bien on attend que l'acte se soit produit pour le rémunérer : c'est la cause illicite ; ou bien on le rémunère à l'avance pour le cas où il se produirait : c'est la condition illicite. Mais quel que soit le procédé employé, il eût été possible d'y substituer un moyen terme, prendre un double engagement : d'une part, d'effectuer l'acte immoral ou illicite ; d'autre part, de le rémunérer. De toutes manières l'opération répond à une situation identique, l'acte illicite est l'objet que rémunère l'engagement.

2° La seconde catégorie d'hypothèses se réfère aux cas dans lesquels un acte moral ou licite étant accompli ou devant l'être par une partie, l'autre partie, par un sentiment de délicatesse, entend le récompenser sans vouloir paraître le rémunérer directement ou en payer le prix : telle sera la condition de ne pas accomplir un acte illicite ; ou encore la condition d'accomplir un acte licite qui n'est pas dans le commerce et qui ne peut faire l'objet direct d'une rémunération : par exemple, la condition de se marier.

3° Une troisième catégorie d'hypothèses vise les cas dans

lesquels les parties, désireuses de limiter la portée d'un acte en vue d'une fin pratique à réaliser, préfèrent donner à cet acte une portée générale pour ensuite en restreindre l'étendue, en le précisant par l'emploi de conditions. C'est ainsi par exemple que, désireux de donner une somme pour établir un service déterminé, l'une des parties fait une donation générale, puis y pose comme condition l'emploi de cette somme dans un but déterminé.

Cette catégorie d'hypothèses fonctionnera chaque fois que le but à réaliser ne peut l'être que par une personne morale douée d'une capacité plus large que celle suffisante pour réaliser le but : on lui donnera les sommes ou les objets d'une manière générale et on limitera cette disposition par voie de condition.

4° Enfin une quatrième catégorie d'hypothèses vise le cas où les parties ont voulu qu'un engagement fût complètement réalisé avant que le second puisse être exigé. Pour marquer la succession dans l'exécution, le second engagement sera placé comme conditionnel. Ceux qui l'ont pris sont assurés de n'avoir à exécuter qu'en présence d'une contre-partie déjà réalisée (1).

De toutes façons, dans ces quatre catégories d'actes, il est facile de comprendre que la pensée des parties était de faire un acte immédiat et définitif. Si elles n'ont pas agi ainsi, cela ne tient pas à ce que l'acte en lui-même était éventuel, mais cela tient à ce qu'on n'a pas voulu lui don-

(1) Req., 8 février 1837, Dalloz, *J. G.*, v° *Obligations*, 1124.

ner son vrai caractère. La forme conditionnelle se justifie ici par le désir de tourner un obstacle, elle est un expédient, elle n'est pas une réalité.

La remarque qui vient d'être faite aura son importance au point de vue de l'indivisibilité. On conçoit bien dès maintenant que le lien qui unit la condition à l'acte lui-même aura une force variable suivant que cette condition est une modalité par laquelle les parties ont entendu marquer le caractère éventuel de l'acte, le subordonner à l'existence d'un événement dont il pouvait ne pas dépendre, ou suivant que cette même condition apparaît comme l'objet d'une obligation qui, par un détour, a été présentée comme conditionnelle, alors qu'elle était en réalité l'objet même que l'on poursuivait.

Dans ce dernier cas, en effet, l'indivisibilité prend un caractère tout à fait spécial : c'est la dépendance qui existe dans un acte juridique entre un engagement et l'objet même de cet engagement.

Ces observations faites, on comprendra qu'il ne saurait désormais s'agir de s'appuyer sur les articles 1172 et 900 qu'avec la circonspection la plus extrême et qu'on ne saurait en tirer parti qu'après avoir précisé la nature de la condition à laquelle ils font allusion. Elle seule nous permet de savoir comment on peut tirer de ces articles des conséquences en ce qui touche la question indivisibilité.

CHAPITRE III

Des remarques qui précèdent nous pouvons aisément dégager trois espèces de conditions. Et c'est entre ces trois catégories qu'il faudra choisir celle à laquelle s'appliquent les articles 1172 et 900.

I. — Tout d'abord la « condition » peut désigner l'élément essentiel de la formation de l'acte.

Les Allemands emploient ici l'expression particulièrement significative de « *Voraussetzung* », littéralement « présupposition ».

Une telle condition n'est pas une modalité de l'acte juridique ; elle rentre dans l'étude des modes de formation de l'acte. C'est par suite d'un usage abusif, et faute d'un mot plus précis, qu'on emploie ici le mot « condition ». Il désigne en réalité une relation de cause à effet.

Que l'article 1172 ne s'applique pas à une telle condition, c'est ce qui résulte de la jurisprudence même, notamment d'un arrêt de Lyon (1). Il s'agissait d'une transmission d'office ministériel avec clause de « risques et périls ». L'arrêt déclare cette clause nulle et décide qu'elle sera réputée con-

(1) Lyon, 30 mars 1849, D. 49.1.131.

dition non écrite : l'article 1172 aurait dû conduire à annuler la vente pour le tout.

Cette solution s'explique fort bien.

L'autorisation gouvernementale que notre condition tendait à supprimer, est un élément essentiel de formation du contrat de vente. Il est impossible de supprimer cette autorisation. La Cour de Lyon s'est vue dans la nécessité de rétablir l'autorisation gouvernementale, et c'est pourquoi elle a déclaré la condition non écrite, mais, dans l'espèce, ce n'était pas une condition.

II. — La condition peut au contraire, et c'est là le vrai sens technique du mot dans la langue juridique, être un élément purement extérieur à l'acte juridique, un élément dont il pouvait ne pas dépendre et dont on l'a fait volontairement dépendre, une éventualité à laquelle il répond dans un cas déterminé, mais dont il cessera de dépendre dans le cas voisin. Telle est la condition casuelle (la condition type : *si navis ex Asia venerit*) ; telles sont aussi en petit nombre certaines conditions potestatives (je vous vends cette malle si vous partez en voyage). C'est la *Bedingung* des Allemands.

Une telle condition est l'œuvre de la volonté des parties lorsqu'il apparaît comme évident qu'il n'existe entre elle et l'engagement aucun lien nécessaire. L'engagement a un objet déterminé ; la condition n'intervient ici que pour préciser dans quel cas cet engagement devra se réaliser et porter sur cet objet. Elle introduit dans l'acte juridique un

élément nouveau sans lequel il pourrait parfaitement exister, qui n'est ni sa cause ni son objet, et que la volonté des parties est la seule maîtresse de faire intervenir à raison des circonstances.

III. — La troisième espèce de condition, à laquelle nous arrivons, est celle qui, à nos yeux, est la plus importante pour cette étude, parce qu'elle est celle à laquelle se réfèrent justement les articles 1172 et 900. Cette condition tient en quelque sorte le milieu entre les précédentes.

Elle ne vise pas des éléments essentiels présentés et reconnus par tous comme tels, et envisagés dans leurs rapports avec la formation de l'acte et sa validité.

Elle ne vise pas non plus des éléments accidentels et extérieurs auxquels l'acte a été arbitrairement subordonné et présentés comme tels.

Elle range dans les conditions des *éléments de fond présentés comme ayant le caractère d'éléments accidentels*.

Cette catégorie comprend le plus grand nombre des conditions potestatives. La réalisation d'un fait à accomplir par une partie donnera naissance à l'engagement de l'autre partie, ou bien cet engagement entraînera l'autre partie à accomplir une certaine prestation, faute de quoi le premier engagement sera résolu.

De toutes manières, le fait qui dépend d'une des parties n'est pas ici comme dans la condition casuelle un événement sans rapport direct avec l'acte. Le plus souvent l'engagement qui est pris aura pour but de rémunérer ou de ré-

compenser ce fait, il en devient en quelque sorte la contrepartie, il tendra à le provoquer ou à le combattre, il en devient une des causes, sinon la cause unique. Il donnera alors dans ce cas à l'engagement un caractère synallagmatique plus ou moins complet, le premier engagement jouera le rôle de cause, et le fait à accomplir prendra plus ou moins ouvertement le caractère d'objet.

Nous avons montré plus haut à quel subterfuge les parties ont recours en tel cas, et les raisons qui les décident à donner à un pareil acte l'apparence d'un acte conditionnel, alors qu'on pourrait aussi bien le présenter rationnellement sous la forme d'un acte immédiat et définitif.

CHAPITRE IV

Nous avons dit également que c'était à cette hypothèse que se réfèrent les articles 1172 et 900. C'est ce qu'il nous reste à démontrer.

La preuve en sera facile.

Ces articles se placent en effet dans l'hypothèse d'une condition impossible immorale ou illicite. Or, seules, les conditions potestatives peuvent être immorales ou illicites, et l'hypothèse d'une condition impossible ne se présente en pratique que pour les conditions potestatives.

Qu'une condition potestative seule puisse être immorale ou illicite, cela ne souffre aucune difficulté. Seul, le fait de l'homme peut être contraire à la morale ou à la loi qui lui impose sa règle. Un fait naturel ne peut être contraire ou conforme à la morale, pas plus qu'il ne peut être conforme ou contraire à la loi, il est d'un autre domaine, la morale et la loi ne pouvant réglementer autre chose que la conduite des hommes.

Mais, pourrait-on objecter, le fait d'un tiers n'est pas une condition potestative. Or il peut, lui aussi, être immoral ou illicite. Et cependant ce fait fonctionne comme une condition casuelle.

Cette objection, loin de nous embarrasser, ne fait au contraire que confirmer notre thèse.

Le fait que le tiers doit accomplir peut bien être immoral ou illicite, mais la condition ne le sera pas. La condition (d'ailleurs inconnue en pratique) : « Si un tel fait tel acte illicite » n'est pas une condition immorale ou illicite, on ne saurait l'envisager que comme l'arrivée d'un événement donné, indépendamment de son caractère légal.

La promesse faite sous la condition de ne pas se remarier peut présenter un caractère immoral ou illicite quand elle est potestative et tend à restreindre la liberté du mariage chez celui qui l'a consentie. Mais la promesse faite pour le cas où une tierce personne restera veuve ne saurait présenter un tel caractère dans aucun cas.

Et cette solution s'explique fort bien puisque notre condition ne saurait tendre à peser sur la volonté de ce tiers qui n'est pas intéressé à l'affaire.

Après avoir montré qu'une condition immorale ou illicite ne peut être qu'une condition potestative, arrivons à la condition impossible.

Or la condition impossible peut l'être physiquement ou juridiquement.

La seconde, seule, présente un intérêt pratique.

« On paraît, dit un auteur (1), en limiter l'application au cas où la condition prévoit un acte juridique que ses termes mêmes rendent impossible, tel que le mariage dans l'exemple que j'ai donné (si vous vous mariez avant la puberté), l'adoption, l'émancipation, le testament, etc.... Je pense

(1) Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*. Paris, 1887, p. 17.

qu'il faut élargir cette idée trop étroite et considérer comme juridiquement impossible toute condition qui, sans imposer un acte juridique proprement dit, prétend amener une situation de droit qui rend impossible le jeu des principes généraux ou l'application de textes particuliers. »

Si on admet cette conception de la condition impossible, et c'est la plus large qui ait été présentée, on reconnaîtra bien vite que la condition juridiquement impossible tendant à provoquer un acte juridique met « *in conditione* » un fait de l'homme et présente dès lors le caractère d'une condition potestative.

Il résulte donc de ces explications que les articles 1172 et 900 ne trouvent d'applications pratiques que dans les conditions potestatives.

Ceci exposé, demandons-nous dans quelle mesure la condition potestative peut être considérée comme une condition véritable ; dans quelle mesure elle obéit aux règles des vraies conditions, dans quelle mesure elle y échappe.

CHAPITRE V

Plaçons-nous d'abord en présence d'un acte onéreux sous condition potestative.

La raison de la condition potestative peut être alors de préciser le but spécial auquel l'acte répond. Par exemple : je vous vends cette malle si vous partez en voyage; je vous vends cet objet avec faculté de résolution si cet objet cesse de vous plaire. Dans tous les cas la condition n'a pas pour effet de placer le fait de l'autre partie comme l'équivalent ou la raison d'être de l'engagement.

La condition potestative fonctionne alors comme une condition véritable, elle est extérieure à l'acte, ou l'en a fait dépendre par une volonté arbitraire qui seule établit un lien entre l'engagement et le fait mis en condition.

Mais, à côté de celle-ci, existent un plus grand nombre de conditions potestatives dans lesquelles le fait à accomplir perd le caractère de véritable condition : tel sera le cas chaque fois que la condition potestative ne sera pas apposée à un acte synallagmatique, mais qu'elle interviendra comme la condition d'un engagement unilatéral. Dans ce cas, c'est elle et c'est elle seule qui sera la cause de cet engagement.

Si par exemple je vous promets 100 francs si vous ne commettez pas un délit, la cause de mon engagement sera

l'abstention de votre part de tout délit. La cause est licite, la condition le sera aussi. Si le délit qu'on cherche à éviter est une diffamation, ce qui peut annuler toute l'opération, ce n'est pas que la condition ou la cause, comme on voudra, en soit illicite, l'une comme l'autre sont parfaitement valables, c'est la pression coupable faite par l'un des contractants. Il n'y a chantage que si cette promesse n'est pas librement consentie. Si, comme l'a dit M. Martin, « l'effet de la condition illicite est identique à celui de la cause illicite », c'est qu'en réalité ici, cause et condition semblent bien près de se confondre, ainsi que nous l'avons déjà fait pressentir plus haut.

Il n'y a guère entre elles de différence que celle-ci : la théorie de la cause suppose que le fait a été accompli d'abord et que l'engagement qui le rémunère a été pris après son accomplissement. La théorie de la condition potestative fonctionnera au contraire quand l'acte à accomplir doit l'être postérieurement pour répondre à un engagement qui l'a précédé. Dans un grand nombre de cas donc, la condition potestative ne fonctionnera pas comme une condition véritable. Elle se rapprochera sensiblement de la théorie de la cause à laquelle la théorie de la pure condition est totalement étrangère.

Ceci apparaîtra avec son maximum d'évidence dans les conditions juridiquement impossibles, immorales ou illicites qui sont justement celles auxquelles se réfèrent les articles 900 et 1172.

Ces conditions, en effet, ne s'expliquent logiquement et on ne les rencontre en pratique que comme des contre-parties d'engagements unilatéraux, on ne les conçoit guère apposées à un acte synallagmatique.

Nous pouvons donc dire maintenant que l'article 1172 non seulement ne prévoit que des conditions potestatives. Mais encore qu'il ne prévoit qu'une catégorie de conditions potestatives, celles qui sont apposées à des engagements unilatéraux, et qu'alors ces conditions potestatives se rapprochent beaucoup plus de la notion de cause que de celle de condition.

CHAPITRE VI

Envisageons maintenant non plus les actes à titre onéreux, mais les actes à titre gratuit affecté d'une condition potestative.

Ici cette condition sera forcément apposée à un engagement unilatéral. Elle est la condition d'une promesse de donner et, d'après ce que nous avons dit plus haut, il en résulte qu'elle ne saurait jamais avoir le caractère d'une condition véritable puisqu'elle ne sera jamais complètement extérieure à l'engagement.

Pour nous placer sans plus tarder dans l'hypothèse d'une condition potestative juridiquement impossible, immorale ou illicite, nous remarquerons aussitôt qu'une telle condition affectant une promesse de donation ou placée comme condition résolutoire d'une prestation à titre gratuit ne peut avoir qu'un nombre restreint de significations.

Elle peut être la contre-partie véritable et effective d'une promesse ou d'une prestation qui n'a pris le caractère gratuit que pour dissimuler sa vraie nature et pour ne pas paraître se rattacher par un lien nécessaire à l'accomplissement d'un acte prohibé ; exemple : l'accomplissement d'un délit.

Elle peut être aussi une libéralité faite en vue d'une hypo-

thèse qu'elle n'a pas pour fin directe de rémunérer à proprement parler, mais qu'elle aura du moins en vue de récompenser : le mariage, par exemple.

Elle peut encore être faite comme limitation d'un acte auquel on aura donné une portée plus grande que celle qui lui convient, la condition étant destinée à le restreindre. La condition sera ici d'employer tout ou partie des choses reçues à une destination précise que nous supposerons juridiquement impossible, immorale ou illicite. C'est l'hypothèse de la donation avec charge qui se présente également sous la forme d'une libéralité conditionnelle.

Tous les auteurs ont compris que, malgré sa forme conditionnelle, la charge se différenciait profondément de la condition véritable. Mais cette différence n'est pas moins nette quand la libéralité n'est faite que sous une condition potestative qui, nous l'avons vu, ne correspond aucunement à la notion de condition proprement dite.

Qu'il s'agisse pour le donataire d'employer ce qu'il a reçu en vue d'une destination qui ne doit point lui profiter et qui doit diminuer d'autant l'avantage par lui recueilli, ou qu'il s'agisse pour le donataire de fournir, en échange de ce qui lui est donné, une prestation qui lui incombe et qui suppose de sa part une peine ou un sacrifice, de toutes façons, il y aura à son égard une diminution du profit réalisé.

Sans aller jusqu'à dire que la charge ou la condition apposées à une libéralité constituent toujours un appauvrissement de la part du donataire, ou qu'elles font toujours

disparaître l'intention libérale du donateur, du moins on peut affirmer que cette charge ou cette condition potestative ont nécessairement pour résultat sinon de supprimer totalement, du moins de restreindre, de limiter l'intensité de la libéralité.

Telle n'est pas la conséquence d'une véritable condition.

Et l'importance de cette remarque s'aperçoit immédiatement quand on se réfère à l'hypothèse de l'inexécution de cette condition ou de cette charge.

Alors que dans une condition véritable il s'agira uniquement de savoir si la condition s'est ou non réalisée, et qu'il est défendu aux parties d'intervenir dans l'accomplissement de cet événement, lorsqu'au contraire il s'agit d'une condition potestative, l'inexécution apparaît comme un fait imputable au débiteur.

Alors que la condition pure et simple dépend de la réalisation de l'événement prévu, la condition potestative n'entraîne pas toujours la révocation de la libéralité, quand elle n'est pas réalisée. Pour déterminer les conséquences de sa non-exécution sur la libéralité, il faudra tenir compte d'éléments nombreux et divers, notamment de l'idée de faute.

En outre, si cette condition est licite, son inexécution n'entraîne pas forcément la chute de la donation. Elle peut conduire seulement à une demande en justice qui a pour but d'obtenir ce qui a été promis chaque fois que la justice peut l'ordonner. On assignera en exécution de la condition avant d'assigner en résolution pour inexécution de ladite condition.

Ainsi, si une donation est faite avec clause d'inaliénabilité dans les cas et dans la mesure où cette clause est valable, l'aliénation consentie contrairement à cette clause n'aura pour conséquence que d'entraîner sa propre annulation.

Si au contraire les tribunaux ne peuvent ordonner l'exécution matérielle de ce qui a été promis, il pourra y avoir lieu à révocation pour inexécution des charges et conditions.

Il paraît démontré que pour les actes à titre onéreux comme pour les actes à titre gratuit, la résolution ou la révocation pour inexécution ne dépendent pas d'une recherche de volonté. Sans doute l'existence de la charge ou de la condition dépend bien de la volonté psychologique du disposant, mais ce n'est pas par rapport à cette volonté que le juge se place (1).

Nous croyons avoir ainsi démontré qu'une condition potestative apposée à une libéralité ne fonctionne pas comme une condition proprement dite.

Elle semble liée à l'acte beaucoup plus intimement, et de même que nous avons, en matière d'acte à titre onéreux, montré que la condition potestative a de grandes ressemblances avec la cause, de même en matière de donations elle se rapproche de cette notion puisqu'elle va servir à mesurer l'intensité de l'intention libérale qui est justement la cause en matière de donation.

(1) Picard et Prudhomme, De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations. *Revue trim. de dr. civ.*, 1912, p. 84.

CHAPITRE VII

Il ne nous reste plus maintenant, après avoir précisé la nature de la condition potestative dans les actes à titre onéreux ou à titre gratuit et après avoir montré en quoi cette notion, qui est la base des articles 1172 et 900, se distingue de la notion de condition véritable, qu'à examiner si cette notion que nous avons donnée de cette condition potestative se concilie avec les solutions de ces articles et permet d'en donner une explication satisfaisante.

Prenons d'abord l'article 1172.

Il se place dans l'hypothèse d'une condition immorale ou illicite, la déclare nulle et décide que la nullité de cette condition rend nulle la convention qui en dépend.

Les auteurs, nous l'avons dit, s'efforcent généralement de justifier cette solution, en s'appuyant sur la volonté présumée des parties. Les parties en apposant une condition à un engagement auraient entendu subordonner cet engagement à cette condition, et ce serait en vertu de cette volonté présumée qu'un lien nécessaire s'établirait entre la condition et l'engagement. En vertu de cette intention tacite, la loi estimant que l'une des parties n'a fait sa promesse qu'en considération de la prestation que doit accomplir l'autre partie, déclare que la nullité de cette prestation

entraîne par voie de conséquence la nullité de la promesse.

Mais cette explication se heurte à bien des objections. Elle suppose, en effet, qu'on peut tirer de la volonté connue des contractants, pour une hypothèse connue, des déductions certaines dans une hypothèse qu'ils n'ont pas toujours prévue. Or, rien ne prouve que les parties aient envisagé le cas où la condition serait annulée. Il semble qu'au contraire on doive considérer comme logique que la volonté des parties, après avoir présidé à la formation de l'acte, se trouve dessaisie lorsque cet acte est conclu. Désormais elle doit être sans empire sur lui, puisqu'aussi bien elle ne saurait être efficace que si elle est commune aux deux parties, et qu'il est contradictoire d'admettre que les parties sont demeurées pleinement d'accord quand des difficultés s'élèvent postérieurement à l'acte. Et en dehors de stipulations formelles qui auraient prévu des circonstances précises, de nature à se produire après l'accomplissement de l'acte, il est rationnel de croire que les parties ont entendu plutôt placer le sort ultérieur de l'acte sous l'empire de règles générales, les mêmes pour tous les actes sans exception.

Il est enfin certain que dans cette recherche que l'on pourrait faire de l'intention probable des parties, si telle était la tâche que nous assignait l'article 1172, on serait forcément amené à substituer sa propre volonté à celle des contractants. Or cette volonté tiendra fatalement compte de considérations purement objectives de nature à frapper l'attention. Elle dégagera certains éléments objectifs sur lesquels la décision sera basée. Ce sont précisément ces élé-

ments qu'il convient de substituer à la recherche problématique de l'intention des parties.

Or si nous nous référons à ce que nous avons dit plus haut, il nous sera facile d'isoler ces éléments. En matière d'acte à titre onéreux, ce seront l'idée de *cause* et la notion d'*équilibre* qui permettront d'appliquer l'article 1172, et non l'idée d'intention probable des parties.

Chaque fois qu'il apparaîtra que la condition est la cause de l'engagement, ou tout au moins lui fait équilibre, la nullité de la condition devra entraîner la nullité de l'engagement.

Chaque fois au contraire que cette condition ne sera pas une cause véritable et ne fera pas équilibre à la promesse, nous devons écarter l'application de l'article 1172.

En un mot, si l'intention probable des parties est mise hors de cause, la condition potestative dans l'article 1172 perd son caractère de véritable condition. Et cela nous l'avons déjà établi.

C'est donc à une autre notion qu'il faut faire appel. C'est l'idée de cause, ou à tout le moins d'équilibre, qui vient se substituer ici à l'idée de condition. Et cette idée explique mieux que l'intention présumée la solution de l'article 1172. Elle ramène à des éléments objectifs l'article 1172.

Elle nous permet également de dire dans quels cas cet article devra trouver son application, puisqu'elle précise les conditions qu'il vise, qui sont pour nous des conditions potestatives apposées à un engagement unilatéral et conte-

nant en elles une idée de cause ou une idée d'équilibre contre-partie de cet engagement.

Ainsi la solution même de l'article 1172 est en accord avec la notion de la condition potestative qu'il prévoit et que nous avons essayé de dégager.

Les rares arrêts qui ont statué sur le caractère et l'étendue de la nullité d'un acte à titre onéreux qu'entraîne la nullité de la condition dont il est affecté nous ont d'eux-mêmes suggéré cette manière de voir.

L'un d'eux est notamment bien typique :

Il s'agissait d'une vente consentie moyennant l'obligation pour l'acheteur de loger le vendeur sa vie durant. Mais l'acheteur, en logeant le vendeur, avait mis cette condition que le vendeur travaillerait pour lui. Nullité par application de l'article 1780 qui défend d'engager ses services à vie. C'était bien là une condition potestative apposée à l'engagement unilatéral de loger le vendeur, et notre hypothèse relevait bien de l'article 1172.

La Cour de Lyon, le 19 décembre 1867 (1), a appliqué cet article et annulé toute la convention.

Mais ce qui est tout à fait saisissant, c'est que, pour ce faire, elle ne pouvait se baser sur la volonté présumée des parties, car le vendeur renonçait justement devant la Cour à se prévaloir de la nullité de son engagement et demandait à l'exécuter tel qu'il l'avait promis. Les termes employés par la décision sont particulièrement frappants : « Attendu

(1) D. 69.2.30.

que dans le contrat commutatif dont s'agit, cette obligation fait partie de celles que prend Roger comme *équivalent* des obligations qui lient Trambellan envers lui, que sa nullité entraîne celle du contrat lui-même, que la renonciation actuelle de Trambellan ne peut donner valeur à un contrat nul dans son origine. »

Nous rencontrons également plusieurs arrêts qui, au contraire, ont refusé de faire application de l'article 1172. L'idée générale qui s'en dégage, c'est que dans les espèces soumises aux juges, l'engagement pris par l'une des parties n'est pas l'équivalent de la promesse faite par l'autre partie.

C'est ainsi que le 16 juin 1890 (1), la Cour de Pau a statué dans l'hypothèse suivante :

Une adjudication de moulin avait eu lieu, avec clause insérée sur le cahier des charges que l'acquéreur laisserait le saisi moudre gratuitement, dans un moulin dépendant d'un des lots, tout le pain consommé dans son ménage, et que ce droit serait transmissible à perpétuité à celui de ses héritiers ou successeurs qui serait chef de ménage. Cette clause était illicite, contraire à l'article 686 du Code civil ; elle paraissait devoir entraîner la nullité de toute la vente. Sans doute un jugement d'adjudication était intervenu, mais comme il avait consacré à la fois la clause et l'acquisition, ou bien son autorité les couvrait toutes deux, ou elle ne couvrait ni l'une ni l'autre. La Cour de Pau a

(1) S. 92.2.313.

annulé la clause et maintenu la vente. Ici cependant aucune recherche de volonté n'est possible, il s'agit d'une vente en justice. Mais il apparaissait bien que la condition mise dans le cahier des charges était inspirée par un sentiment d'humanité, elle ne constituait pas une contre-partie de l'acquisition, cet engagement de laisser gratuitement moudre le blé n'avait pas la portée d'un équivalent.

De cette espèce nous rapprocherons un arrêt de la Cour de Poitiers du 24 mai 1897 (1). Dans cette espèce, un débiteur s'était engagé à se laisser saisir sans que le créancier soit obligé de recourir aux formalités de la saisie. Quelque temps ensuite, il avait consenti une hypothèque sur ces mêmes biens au profit du même créancier, dans un acte qui rappelait son précédent engagement. Le débiteur se basait sur la nullité du premier acte pour demander la nullité du second. La Cour l'a débouté de sa demande, et cela est conforme à notre manière de voir, il ne s'agissait en effet pas, dans l'espèce, d'une véritable relation entre deux engagements, pris par deux personnes différentes. L'une de ces promesses ne pouvait être rattachée à l'autre par aucune espèce de lien objectif. Pour rechercher s'il y a eu condition potestative et relation entre les deux engagements, la Cour a très légitimement basé sa décision sur la volonté du débiteur. En effet, celle-ci doit intervenir quand il s'agit de déterminer ce qui s'est passé lors de la rédaction des actes ; mais après avoir montré qu'il ne s'agissait pas

(1) D. 97.2.270.

là, dans la pensée des contractants, d'une condition potestative, la Cour a jugé l'article 1172 hors de cause en constatant que l'absence de relation entre les deux engagements écartait tout rapport de dépendance entre eux.

Enfin, pour terminer, nous citerons un arrêt de la Cour de Caen du 30 avril 1860 (1). Une prolongation de bail avait été accordée avec faculté de résiliation de la part du bailleur en cas de vente de la chose louée. Le locataire avait un loyer supérieur à 150 francs. Pour éviter des frais, il avait été stipulé que la preuve de cette vente serait faite au regard du locataire par la déclaration orale de deux témoins. Cette clause était nulle comme contraire à l'article 1341 qui défend la preuve par témoins au-dessus de 150 francs. Cependant la Cour déclare que l'application de l'article 1172 doit conduire à admettre la nullité du congé ainsi donné, et non la nullité de la prolongation de bail. La solution s'explique très bien par cette considération que, dans l'espèce, l'article 1172 était tout à fait hors de cause : il n'y avait pas une condition potestative nulle apposée à un engagement, mais simplement une prolongation de bail et le règlement de la preuve nécessaire pour obtenir la résiliation. Les deux choses étaient indépendantes et l'article 1172 ne devait pas recevoir son application.

Sans vouloir anticiper sur les développements que nous donnerons sur l'article 900, nous pouvons en outre faire remarquer dès maintenant que la jurisprudence sur la cause

(1) D. 1861.2.56.

impulsive et déterminante en matière de donation est une nouvelle consécration des idées qui précèdent.

S'il est vrai, et nous devons le tenir comme tel après la démonstration qui en a été faite (1), que dans les cas où elle écarte l'article 900, la jurisprudence est en face d'actes à titre onéreux, nous pouvons ranger les cas dans lesquels la condition est impulsive et déterminante sous l'empire de l'article 1172. Le mot de « cause » qu'emploient les arrêts et qu'on leur reproche comme une erreur et une méconnaissance de l'idée d'intention libérale est au contraire l'expression de la vérité. La condition potestative dans les actes à titre onéreux est, nous nous sommes efforcé de le montrer, un aspect de la cause dans les contrats. et la jurisprudence que nous avons invoquée nous en fournit la plus éclatante comme la plus inattendue des démonstrations.

(1) *Bartin, op. cit.*, p. 370 et suiv.

CHAPITRE VIII

Passons maintenant à l'étude de l'article 900.

Nous avons vu que cet article prévoit également des conditions potestatives apposées à une libéralité, acte unilatéral, soit pour le suspendre, soit pour le résoudre.

L'idée générale à laquelle nous nous sommes arrêté, c'est que la condition potestative apposée à une libéralité a toujours pour effet d'en mesurer l'intensité pouvant aller jusqu'à la destruction totale de l'idée libérale, depuis une diminution minime de celle-ci.

Quand cette condition est nulle, il semblerait logique de conclure que la solution sera la même que dans le cas de l'article 1172, au moins dans la mesure, où l'intention libérale atteinte par la condition ne supporte plus la libéralité. La prestation ou la promesse libérale pour la partie qui n'est pas causée par l'intention libérale trouve sa cause dans la condition qui lui sert d'équilibre. On devrait donc aboutir aux solutions que consacre l'article 1172, et cela sans avoir à faire intervenir l'idée de volonté présumée du donateur qui doit être repoussée pour les raisons que nous avons indiquées plus haut. C'est la solution qu'a consacrée la jurisprudence, chaque fois que la condition lui apparaît comme ayant détruit entièrement l'intention libérale et donné à cette prétendue libéralité le caractère d'un

acte à titre onéreux dans lequel la condition impulsive et déterminante vient jouer le rôle véritable de cause qui lui appartient dans ces actes, alors que c'est l'intention libérale qui sert de cause aux donations. Mais il peut se faire que la condition potestative n'aille pas jusqu'à supprimer totalement l'intention libérale. Elle ne fait alors que la restreindre, la limiter.

C'est le cas que prévoit l'article 900.

Il décide que malgré la nullité de la condition, la libéralité restera valable, la condition étant réputée non écrite.

On pourrait se demander si cette disposition n'obéit pas à des motifs d'ordre logique.

Etant donné que l'intention libérale subsiste pour partie, la loi aurait pu vouloir créer une sorte d'indivisibilité de l'intention libérale et par suite valider l'acte pour le tout. Mais il est manifeste que si telle était sa pensée, elle aurait été amenée, par cette notion d'indivisibilité de l'intention libérale, à une solution toute différente. Il lui eût fallu distinguer les cas dans lesquels l'intention libérale n'est pas prédominante, de ceux où elle subsiste pour la plus grande partie. La solution radicale que la loi nous donne pour des libéralités affectées d'une condition potestative qui fatalement limite la portée de l'intention libérale résulte de l'histoire du texte et du caractère impératif de l'article 900.

Ce caractère aujourd'hui nettement déterminé et démontré, a d'ailleurs pour conséquence d'écarter toute recherche de volonté comme base de l'article 900. Cet article supprime l'influence de la condition pour des motifs d'ordre public,

mais cette solution ne signifie pas qu'en dehors d'elle il eût fallu se livrer à des recherches de volonté. En dehors de l'article 900 le juge eût été conduit à tenir compte d'un certain nombre d'éléments objectifs qui lui eussent servi à mesurer, en dehors de l'intention des parties, la diminution d'intensité que la charge ou la condition avait apportée à la donation.

CHAPITRE IX

Ainsi, aussi bien l'étude de l'article 900 que celle de l'article 1172 nous conduit-elle à dire que chaque fois que le législateur s'est préoccupé de l'influence d'une condition nulle sur le sort de l'acte, il n'a jamais solutionné cette question en se basant sur l'intention présumée des parties.

Cette constatation cadre parfaitement avec celle que suggère l'étude de la résolution judiciaire pour inexécution des conditions (1), et il était logique qu'il en fût ainsi, puisque dans ces deux cas c'est au fond la même question qui s'agit : savoir en quoi la condition se rattache à l'acte juridique, et quelle sera l'influence sur cet acte soit de son inexécution, soit de sa nullité. Ce rapprochement entre les deux situations est notamment frappant et devient presque de la similitude pour les conditions potestatives qui consistent dans un fait que doit accomplir une des parties, fait qui, dans une certaine mesure, peut être considéré comme l'équivalent d'une obligation qu'elle aurait contractée envers l'autre. Cette assimilation a été nettement indiquée par un arrêt de la Cour d'Amiens du 7 mars 1893 (2) dans lequel nous relevons le considérant suivant : « Attendu que les raisons d'ordre public qui ont amené la jurisprudence

(1) Picard et Prudhomme, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1912.

(2) S. 96.1.11, D. 95.1.346.

à déclarer que cet acte (cession d'offre) n'était pas soumis aux règles ordinaires de résolution de contrats, s'opposent également à ce qu'il soit annulé par application de l'article 1172 du Code civil. »

Nous pouvons, maintenant que nous avons établi le caractère de la condition dans les articles 900 et 1172, résoudre le problème de l'indivisibilité que posent et solutionnent ces deux articles.

Si la nullité de la condition entraîne la nullité de l'acte à titre onéreux et n'entraîne pas la nullité de l'acte à titre gratuit, nous savons déjà que cette différence ne tient pas à une interprétation de volonté, puisque celle-ci n'intervient à aucun titre pour justifier les décisions de ces deux articles.

La raison véritable du lien qui unit la condition à l'acte juridique qui en dépend varie suivant le caractère de cette condition. Lorsqu'il s'agit d'une condition potestative, ce lien dépend soit du caractère de cause que prend cette condition dans l'acte onéreux, soit de la volonté légale qui, dans l'article 900, le supprime purement et simplement. Ce n'est donc pas à l'indivisibilité de la volonté exprimée au moment de la formation de l'acte conditionnel qu'on peut rattacher ces solutions. L'indivisibilité ne dépend pas ici de la volonté des parties, mais d'éléments objectifs.

En même temps qu'elle nous a donné un premier critérium dont nous pouvons peut-être trouver l'application en matière de contrat de mariage, l'étude que nous venons de faire nous permet également de fixer plus exactement les questions qui vont se poser dans la matière spéciale sur

laquelle nous allons désormais concentrer notre attention.

Et de suite, elle nous signale l'intérêt qu'il y aura à rechercher si le contrat de mariage est ou non un acte conditionnel, si les conditions dont il est affecté sont ou non potestatives, si les diverses prestations auxquelles il engage apparaissent ou non comme liées entre elles par une condition.

Et lorsque nous aurons déterminé tous ces points, nous nous demanderons si les conséquences qu'on pourrait tirer de l'indivisibilité dans un acte simple présentant les caractères que nous avons dégagés, seront également vraies pour le contrat de mariage envisagé non plus comme un acte simple, mais comme un acte complexe.

TITRE II

LES PRINCIPES DE LA VALIDITÉ SUBORDONNÉE TIRÉS DES ARTICLES 1172 ET 900 SONT-ILS APPLICABLES AU CONTRAT DE MARIAGE ?

Pour pouvoir mettre en œuvre, dans la matière du contrat de mariage, les développements que nous avons consacrés aux articles 1172 et 900, il convient d'aborder une série de questions qui ont toutes pour objet de rechercher dans quelle mesure les conditions d'application de ces articles se retrouvent dans le contrat de mariage, car on ne saurait y transporter ces deux articles que dans la mesure où la question de validité subordonnée s'y posera dans une situation semblable à celle que prévoient les articles 1172 et 900.

Sans nous préoccuper de savoir si nous appliquerons l'un ou l'autre, c'est-à-dire si nous sommes en face d'un acte à titre onéreux ou au contraire d'un acte à titre gratuit, recherchons d'abord si les conditions communes à nos deux articles se retrouvent dans le contrat de mariage.

Or nous avons montré que les articles précités supposent des conditions potestatives apposées à des promesses unilatérales.

Si bien que notre démonstration devra comprendre deux parties :

La première sera consacrée à *l'étude du caractère conditionnel du contrat de mariage*. Nous aurons à nous demander si, dans le contrat de mariage, il y a des conditions et si elles sont potestatives.

La deuxième consistera à *rechercher si les conditions potestatives que nous pourrions rencontrer sont apposées à des engagements unilatéraux*, ou si elles sont apposées au contraire à tout un ensemble d'engagements ; c'est-à-dire si elles fonctionnent comme condition d'un acte simple ou d'un acte complexe.

CHAPITRE PREMIER

Notre première difficulté est relative au *caractère conditionnel ou non du contrat de mariage*.

En quoi pourraient consister ces conditions ?

Notre travail étant limité à la dépendance entre elles des diverses parties du contrat, en dehors de toute relation de contrat de mariage avec le mariage même, nous écarterons immédiatement ce premier caractère conditionnel qui vient naturellement à l'esprit et qui a trait à la condition *si nuptiæ sequantur*.

Nous sommes ainsi limités à cette seule question : les différentes parties du contrat de mariage jouent-elles les unes vis-à-vis des autres le caractère de conditions ? Peut-on dire que chacune des parties du contrat suppose comme condition les autres stipulations du régime ?

Le propre de la condition est, nous l'avons déjà dit, de donner à l'acte auquel elle est apposée un caractère qui n'est pas définitif.

Lorsqu'un engagement est la contre-partie ferme d'un autre engagement, on ne saurait les considérer comme étant l'un et l'autre conditionnels, ils sont dès à présent purs et simples tous les deux, seulement ils peuvent mutuellement se servir de cause. Sans doute dans ce cas l'acte peut apparaître comme conditionnel dans la forme que lui ont donnée

les parties, mais cette condition n'est qu'une apparence. Tel est justement le cas des articles 1172 et 900 où la forme conditionnelle est un expédient et non une réalité. Nous avons montré à ce propos les différentes raisons que pouvaient avoir les parties d'employer la forme conditionnelle qui ne s'imposait pas à elles, et nous avons essayé de dégager cette idée : qu'ici les parties plaçaient *in conditione* un fait qui, normalement, aurait dû être *in obligatione*.

Or, si nous examinons le contrat de mariage, nous constatons immédiatement que non seulement il s'agit d'un acte ferme et irrévocable, mais encore que les parties n'ont pas même donné en apparence à ses différentes parties l'aspect extérieur de conditions. Si bien que ni au fond ni en la forme on ne peut dire que le contrat de mariage soit un acte dont les différentes parties joueraient les unes vis-à-vis des autres le rôle de conditions.

Que dans un contrat de mariage, le notaire n'emploie pas le mot condition, c'est ce qui résulte de la rédaction même de ces actes où nulle part les différentes stipulations ne revêtent de forme conditionnelle ou hypothétique.

Mais cela résulte plus encore du fond même du contrat. Il est permis d'affirmer que, de sa nature, le contrat de mariage est le plus ferme, le plus irrévocable, le plus stable des contrats, et celui qui supporte le moins facilement d'être grevé de conditions.

Reprenons ces deux ordres d'idées :

En la forme d'abord. Les contrats de mariage sont rédigés en présentant les engagements des futurs époux comme

des engagements fermes. Le premier formulaire notarial venu nous édifierait à cet égard.

On peut donc dire que les différentes parties au contrat ne sont pas, en apparence, des conditions apposées aux autres parties.

Et maintenant *au fond*, si nous examinons les relations existant entre les différentes parties d'un même contrat de mariage, nous constatons également que non seulement elles ne sont pas des conditions, mais que le caractère hypothétique qui est le propre de la condition ne peut, à aucun degré, se rencontrer dans le contrat de mariage.

Nous trouvons de ce trait particulier deux exemples caractéristiques.

Le premier est celui de la jurisprudence qui se refuse à admettre la validité des conditions dont la réalisation dépendrait de la volonté de l'un ou l'autre des époux, ou même de tous deux, une condition potestative étant inconciliable avec l'immutabilité des conventions de mariage. Les tribunaux ont eu à se prononcer dans des espèces (1) où les parties avaient suivi les usages en vigueur dans les anciennes coutumes (de l'Angoumois notamment) en stipulant à la fois communauté universelle de tous biens et communauté d'acquêts, sous la condition potestative de l'option donnée à la femme ou à ses héritiers entre l'une ou l'autre de ces dispositions. Impitoyablement ils ont annulé

(1) Cass., 15 mai 1878, D. 78.1.294 ; Bordeaux, 1^{er} juillet 1886, D. 86.2.283.

une telle option comme contraire à l'essence du contrat de mariage.

Le deuxième exemple de l'antinomie qui existe entre le contrat de mariage et la condition est tiré de la loi qui se refuse à prononcer la résolution du contrat pour inexécution des clauses et qui, organisant une procédure spéciale destinée à remplacer cette résolution, ne la permet qu'au profit d'un seul des époux et dans des cas déterminés : la séparation de biens.

Cette stabilité du contrat de mariage, son caractère ferme, sa répugnance à accepter des conditions sont souvent présentés comme des conséquences du principe de l'immutabilité.

Pour nous, ainsi que nous l'avons montré, ces caractères fort remarquables tiennent à la consécration quasi-légale que le contrat reçoit du mariage. Une fois le mariage conclu, le caractère conventionnel du contrat de mariage tend à disparaître pour être remplacé par un caractère de régime légal et le mariage constitue la limite entre le régime conventionnel qui précède le mariage et le régime légal qui le suit. Et s'il ne peut plus y avoir de convention de mariage après le mariage, c'est que désormais le caractère impératif de régime légal frappe les conventions antérieures à lui. C'est lui qui s'oppose à ce que le contrat de mariage puisse être affecté d'une nullité relative, qu'il puisse être résolu, qu'il soit affecté de condition.

Dès lors il semble que l'application des articles 1172 et 900 soit ici hors de cause, puisqu'il ne saurait y avoir dans

le contrat de mariage possibilité d'insérer des conditions potestatives semblables à celles des articles 1172 et 900.

Nous arrivons dès lors à la deuxième partie de notre démonstration. Il s'agit désormais de montrer que si les articles 1172 et 900 prévoient des conditions apposées à des promesses unilatérales, dans le contrat de mariage au contraire, à supposer que de telles conditions soient possibles, *elles ne sauraient en tout cas être apposées à des promesses unilatérales.*

Cette démonstration sera facile.

Elle consiste en effet à indiquer que le contrat de mariage est un acte complexe, que les conditions prétendues qu'on pourrait y découvrir seraient apposées non pas à l'un quelconque des engagements qu'il contient, mais à l'ensemble des clauses qu'il comporte.

En effet, si l'on imagine pour un instant que chacune des clauses est envisagée comme déterminée par celles qui l'entourent et qu'elle devient ainsi leur condition (ce qui, nous l'avons vu, n'est pas exact, le mot « condition » étant ici détourné de son sens technique), du moins cette condition ne serait pas la condition d'une promesse unique, mais la condition de tout un ensemble de clauses. Or s'il est permis de se demander dans quelle mesure la validité d'une condition peut influencer sur une promesse unique à laquelle elle est apposée, il est infiniment plus délicat de déterminer sa répercussion sur toute une organisation complexe comme celle du contrat de mariage qui contient des réglementations variées et distinctes, comme celle de l'or-

ganisation des patrimoines, de leur administration et de leur répartition à la fin de l'union conjugale.

Une telle étude dépasse de beaucoup les limites bien plus étroites des articles 1172 et 900.

Elle s'est posée en dehors du contrat de mariage, notamment dans l'hypothèse d'un autre acte complexe : la transaction.

Lorsqu'une partie de la transaction est atteinte de nullité, cette nullité doit-elle s'étendre à la transaction tout entière ?

Pour résoudre cette difficulté, ce n'est pas aux articles 1172 et 900 que la jurisprudence fait appel. Elle se préoccupe seulement de savoir si la transaction peut être décomposée en actes distincts, artificiellement réunis, ou si elle se compose d'un acte unique quoique complexe. Or c'est à un critérium objectif qu'on devra avoir recours pour préciser ce caractère d'unité bien plus qu'à l'intention des parties, et celle-ci n'interviendra que pour corroborer le résultat qu'aura donné la découverte de critérium objectif.

C'est ce que nous voyons nettement dans l'étude d'une hypothèse jurisprudentielle assez remarquable (1) : une transaction ayant été faite entre une société et ses administrateurs actionnés en responsabilité, et consistant dans la création d'une société nouvelle dont le capital serait formé par des effets combinés de tous les arrangements réunis, il a été jugé par la Cour de cassation, le 4 novembre 1903,

(1) S. 1904.1.209.

qu'un titre exécutoire était indivisible, car « bien que portant sur neuf litiges distincts, elle n'en constituerait pas moins un acte unique indivisible dans ses dispositions puisqu'elle aboutirait à la constitution d'une société nouvelle dont le capital ne devait être formé que par les effets de tous les arrangements réunis ».

Pour nous résumer, nous ne croyons donc pas que l'on puisse tirer parti des solutions relatives aux articles 1172 et 900 dans la matière des contrats de mariage, pour les raisons suivantes :

C'est qu'en cette matière, les différentes clauses de régime ne peuvent jouer vis-à-vis des autres le rôle de conditions. Or les articles 1172 et 900 supposent précisément des conditions. Sans doute ces conditions ont un caractère plus apparent que réel, encore est-il que ce caractère est au moins apparent. Or, les différentes clauses du régime ne jouent même pas en apparence les unes vis-à-vis des autres le rôle de conditions.

Enfin, à supposer que ce soient des conditions, elles seraient apposées à un acte complexe et non à une promesse unilatérale.

Nous aurons ainsi justifié la nécessité d'écarter les articles 1172 et 900 des questions de validité subordonnée entre clauses de même régime.

CHAPITRE II

Mais cette application des articles 1172 et 900 va-t-elle reparaître dans les questions de validité subordonnée qui se posent dans les rapports entre les libéralités d'une part et les clauses du régime d'autre part ? On serait tenté de le croire, car, s'il est impossible d'apposer des conditions à un contrat de mariage contenant soumission à un régime déterminé de biens, il semble possible de donner le caractère conditionnel aux libéralités faites en vue du mariage.

D'autre part les donations sont bien promesses unilatérales, et l'on peut envisager comme une condition potestative l'obligation à laquelle le donateur soumet le futur époux d'adopter tel ou tel régime, d'insérer telle ou telle clause dans son contrat.

S'il en est ainsi, toutes les conditions d'application des articles 1172 et 900 se trouveraient réunies. Il y aurait des promesses unilatérales pouvant être affectées de conditions ayant un caractère potestatif.

Cette déduction nous paraît très forte, et il est tentant d'appliquer les articles 1172 et 900 chaque fois que nous serons en présence d'une condition formelle apposée par le donateur à sa libéralité. Le seul point délicat serait alors de savoir si de telles libéralités n'ont point par un certain côté

le caractère onéreux plutôt que le caractère gratuit, et lequel des deux articles sera applicable.

Mais une objection se dresse immédiatement.

Les articles 1172 et 900 prévoient le cas où une condition est nulle, immorale, impossible ou illicite, et ils en déduisent le sort de la promesse unilatérale supposée valable : nos articles vont donc nous aider à résoudre le cas où le contrat de mariage, condition de la libéralité, est nul. Mais ils ne nous permettront pas de solutionner l'hypothèse inverse où c'est la libéralité qui est nulle et le contrat valable, car si on conçoit que le donateur ait posé comme condition de sa libéralité l'adoption d'un régime ou d'une clause, il est tout à fait invraisemblable que les époux déclarent faire de la dot une condition de leur régime.

Allons plus loin. Les articles 1172 et 900 ne prévoient pas le cas où la condition serait nulle parce que faite par un incapable ou parce que faite sans formes suffisantes. Or, ce sont là des hypothèses qu'il faudra envisager en matière de contrat de mariage. On se trouve non en présence d'une condition nulle, mais en présence d'une condition valable qui a été remplie, mais dans un acte reconnu ensuite comme nul, le donateur a bien imposé la condition valable de prendre tel ou tel régime, mais le contrat qui contenait la clause a été ultérieurement annulé, le contrat a été fait avec la condition parfaitement valable d'une donation qui a été réalisée, mais ultérieurement privée d'effet.

Les articles 1172 et 900 ne s'appliqueraient que si l'on avait dit : je donne à condition que vous fassiez votre con-

trat sans notaire, ou sans l'assistance de vos parents, ou hors la présence d'un des futurs, — ou : j'adopte tel régime à condition que vous fassiez une donation sans notaire ou sans l'assistance de vos conseils légaux.

Hypothèses invraisemblables !

Et cependant, en dehors de ces hypothèses, les articles 1172 et 900 sont hors de cause.

A fortiori, devra-t-on rejeter leur application chaque fois que ni le donateur ni les contractants n'ont présenté les libéralités et le contrat comme unis par les liens de la condition, chaque fois que la condition n'existe ni dans la forme ni dans le caractère apparent de l'acte.

Or, quand le donateur n'a rien prévu, les donations par contrat ne sont conditionnelles ni au fond ni en la forme. Elles sont purement et simplement des donations de mariage, subordonnées uniquement au mariage, et à rien d'autre. Si elles sont faites dans le contrat, c'est pour éviter les frais d'un nouvel acte, elles peuvent être faites par un acte notarié séparé, avec des formes plus rigoureuses et sans que le donateur ait connaissance du contrat de mariage ; quand elles sont faites au contrat, elles font l'objet d'articles séparés et ne se relient à l'ensemble que par la nécessité de régler le sort des biens donnés, mais le donateur n'intervient pas personnellement et à ce titre dans cette réglementation.

De même les stipulations du contrat sont en dehors de tout lien conditionnel avec les libéralités, elles les réglementent, mais elles garderaient toute leur utilité, si la donation n'avait pas lieu, pour régler le sort des autres biens.

Pour toutes ces raisons, il faut convenir que les articles 1172 et 900 doivent être définitivement écartés de la solution des questions de validité subordonnée dans les hypothèses pratiques où ces questions se posent en matière de contrat de mariage.

CHAPITRE III

Mais nous avons vu, et nous y avons insisté, les articles 1172 et 900, à notre sens, ne s'expliquent pas par une recherche d'intention.

Et dès lors on pourrait se demander si en écartant les articles 1172 et 900, dans les questions d'indivisibilité en matière de contrat de mariage, nous n'allons pas voir réapparaître, au premier plan, précisément ces questions d'intention.

Elles semblent même avoir ici une énergie toute particulière. Les contrats de mariage ne sont-ils pas les actes les plus pesés, les mieux étudiés, ceux dans lesquels tout se tient parce que tout concourt au même but? et dès lors, comment distraire une des parties de l'ensemble sans atteindre toute la combinaison échafaudée par ceux qui, à un titre quelconque, y ont figuré? N'est-ce pas à leur intention qu'il faudra faire appel pour savoir si elles ont ou non la volonté de considérer la partie atteinte de nullité comme pièce essentielle du système, et sa disparition comme rendant désormais le régime caduc, inapte à rendre les services qu'on en attendait?

L'importance de la recherche des volontés semble donc prédominante dans la question d'indivisibilité du contrat de mariage. Elle paraît jouer le premier rôle aussi bien dans

l'étude des relations des diverses clauses de régime entre elles que dans l'étude des relations qui peuvent unir les libéralités pour cause de mariage aux stipulations concernant le régime des biens. Les donateurs — époux ou tiers — ont en vue, lors de la donation, le régime auquel cette libéralité devait donner une efficacité et une portée nouvelle, de même qu'ils ont envisagé la sécurité que le régime donnait à leur donation, ou le rôle que le régime imposait aux biens donnés. « Le contrat de mariage, dit M. Bertauld (1), ne peut pas être divisé, toutes les stipulations sont corrélatives, les donations s'expliquent et se justifient par leur rapprochement. Elles sont tout à la fois cause et effet. Elles sont d'ailleurs le plus souvent subordonnées à la nature du régime matrimonial adopté, aux avantages que peut offrir pour l'une ou pour l'autre des parties ce régime. L'anéantissement partiel de la loi domestique tromperait les familles, et, de même que cette loi est nulle ou valable vis-à-vis de tous, elle est pour le tout nulle ou valable d'une manière absolue. »

Bien plus, ce souci de l'intention dans l'esprit des donateurs apparaît même dans la rédaction de certains articles du Code. L'article 1401, par exemple, déclare que sous le régime de communauté, le mobilier donné devient commun si le donateur n'a pas exprimé le contraire, alors que pour les donations d'immeubles l'article 1405 pose la règle inverse.

(1) Bertauld, *Questions doctrinales*, t. I, p. 485.

Ces articles, dira-t-on, montrent bien que le donateur a fait sa libéralité en vue d'un régime, puisqu'il indique sa volonté de voir le bien donné se plier à certaines règles de ce régime plutôt qu'aux autres. Si par exemple le régime adopté est le régime dotal, l'article 1541 encore déclare que ce qui est donné à la femme est dotal s'il n'y a stipulation contraire ; là encore le donateur est censé n'avoir fait sa donation qu'en considération de la sécurité donnée par le régime dotal, et la loi qui présume ses intentions lui permet de renverser cette présomption si elle n'est pas conforme à sa volonté véritable : l'intention du donateur de soumettre le bien donné à tel ou tel régime paraît ainsi être capitale.

Mais si l'on comprend très bien que la loi accepte que le donateur indique dans quelle catégorie de biens figureront les choses données et à quel titre le régime les saisira, si l'intention du donateur est souveraine pour décider comment les biens qu'il offre aux époux seront administrés et aliénés, si même on conçoit que la loi tienne compte de ses désirs présumés pour le décider quand il n'a pas manifesté sa volonté formelle, devons-nous en conclure que le donateur n'aurait pas donné s'il avait su que le régime par lui imposé ne devait pas être maintenu à la suite d'une nullité du contrat de mariage ?

Si l'on tient compte de ses intentions, est-ce une raison suffisante pour affirmer que le donateur fait, du respect qu'on lui doit, un élément essentiel de ses libéralités ?

Ici nous tombons en plein inconnu à défaut d'une volonté formellement exprimée.

Chaque fois que le contrat de mariage sera nul, par exemple par défaut de capacité, il est bien évident que cette nullité a échappé aux parties. Si elles l'avaient connue et avaient donné quand même, il faudrait en conclure qu'elles ont accepté par avance toutes les conséquences de leur négligence et renoncé à demander la nullité de leurs donations ; mais si elles ont, ce qui est plus vraisemblable, manqué de prévoir ces cas de nullité, on ne peut en conclure *a contrario* que les donateurs peuvent reprendre leurs libéralités puisqu'on ne pourrait le faire qu'en interprétant une volonté dans une hypothèse que la volonté n'a pas prévue.

A supposer cette fois que la donation soit nulle et le contrat valable, le même recherche d'intention pourrait nous conduire à dire que le contrat étant fait en vue de la donation et comme condition de celle-ci, il sera annulé à son tour. Nous substituerons alors au régime conventionnel celui de la communauté légale. Or, est-ce là un acte raisonnable ? Le fait qu'on a rédigé un contrat est la preuve que justement les parties n'ont pas voulu, à aucun titre, de la communauté légale.

Bien plus, la communauté légale est moins l'expression d'une volonté tacite et présumée des parties qu'un régime légal imposé à tous ceux dont le contrat est nul, mais qui, en le faisant, ont manifesté par conséquent une volonté contraire au régime de la communauté légale, ou à tous ceux qui ont été dans l'impossibilité de manifester une volonté. Ainsi donc, sous prétexte de recherche d'intention, on aboutirait à imposer un régime qui est justement exclusif de toute recherche d'intention !

Soit donc qu'on se place vis-à-vis de la volonté des donateurs, soit qu'on se place vis-à-vis de la volonté des futurs époux, la recherche d'intention ne peut conduire qu'à de fâcheux résultats.

A l'opinion qui se refuse de tenir compte de la volonté du donateur et de celle des époux, la jurisprudence vient donner une confirmation absolue.

Dans les attendus des arrêts les plus importants rendus en la matière, nous ne trouvons en effet aucune trace sensible de recherche de volonté ; au contraire, nous y trouvons que les arrêts relèvent :

« Qu'il n'y a pas de *lien nécessaire* et de solidarité entre les dispositions annulées et les dispositions conservées » (Amiens, 21 juillet 1852) (1).

« Que dans les contrats de mariage tous les pactes s'enchaînent et se mettent en *équilibre* » (Cass., 24 déc. 1858) (2).

« Que les autres stipulations n'en auraient pas moins conservé leur *utilité* au cas où la disposition litigieuse n'y aurait pas été insérée » (Cass., 30 nov. 1908) (3).

Ainsi trois expressions dignes de remarque paraissent pouvoir être principalement retenues :

Le lien nécessaire ;

L'équilibre ;

L'utilité.

Et il est facile de justifier l'importance de ces trois élé-

(1) D. 53.2.39.

(2) D. 57.1.48.

(3) D. 09.1.418.

ments, de ces trois considérations qui toutes présentent un caractère objectif, qui toutes offrent une base de discussion et d'appréciation infiniment plus solide que la fuyante intention des parties.

C'est dans les relations de cause à effet, de dépendance logique, que l'on devra rechercher si, une clause disparue, les autres sont sans raison d'être, non pas dans l'intention du contractant, mais au point de vue d'une logique générale et impersonnelle.

L'équilibre entre les clauses est un des aspects sous lesquels se présentera ce lien nécessaire.

L'utilité en sera un autre.

Si l'équilibre n'est pas rompu par la disparition d'une clause, si l'utilité des autres clauses subsiste toujours, il n'y aura pas indivisibilité entre la partie annulée et les autres qui resteront debout.

Ainsi la jurisprudence nous conduit à repousser une fois de plus l'intention des parties comme base de l'indivisibilité.

Et après avoir montré que cette notion d'intention est absente des articles 1172 et 900, nous sommes obligés d'arriver à cette constatation qu'elle est également absente de l'indivisibilité du contrat de mariage, pourtant étrangère elle-même aux articles 1172 et 900. Dans le contrat de mariage la notion d'indivisibilité repose sur un criterium objectif, en rapport avec le caractère complexe de ce contrat, l'idée de lien nécessaire, justifié par la notion d'équilibre entre les parties ou par la notion d'utilité particulière à chacune de ces parties.

C'est cette idée que nous allons essayer de démontrer en nous plaçant dans deux groupes d'hypothèses bien distincts.

a) Dans le premier groupe, nous rencontrerons tous les cas dans lesquels une partie du contrat de mariage aura été annulée :

1° Soit parce qu'il y aura eu capacité sur une partie et *incapacité* sur l'autre : tel sera le cas du prodigue, capable quant aux contrats, incapable quant aux donations ; ou le cas du mineur, autorisé par le conseil de famille à faire son contrat, mais non à y insérer une donation ;

2° Soit parce qu'il y aura eu *vice de forme* quant au contrat, mais non quant à la donation qu'il contient ;

3° Soit parce qu'une clause isolée sera considérée comme contraire à *l'ordre public* :

Dans tous ces cas nous aurons nullité d'une partie et validité des autres. Nous essaierons de montrer comment le critérium que nous avons choisi est d'accord avec les solutions de la jurisprudence.

b) Dans le second groupe d'hypothèses, au contraire, nous supposerons que les parties ont voulu expressément établir une division entre les clauses de leur régime en le rétablissant après qu'il avait disparu.

Il est certain qu'elles le peuvent jusqu'au jour où le mariage sera définitivement conclu.

Tant que le mariage n'est pas célébré, en effet, les parties restent maîtresses d'apporter à leur contrat, sous le nom de

contre-lettres, toutes les modifications qu'il leur convient.

En faisant ces modifications, elles manifestent clairement leur intention de marquer qu'il n'y avait pas entre ces clauses un lien nécessaire et indissoluble. Elles témoignent du caractère divisible que ces clauses avaient dans leur esprit.

Aussi convient-il que toutes les parties adhèrent à ces changements ; les donateurs eux-mêmes doivent être consultés. C'est le temps où l'intention est dominante et directrice, parce que c'est aussi le temps où elle peut se manifester sans ambiguïté. On n'y est point réduit à des conjectures, on peut avoir sur les intentions des certitudes quand un changement se produit entre le contrat et le mariage.

Mais dès que le mariage est conclu, est-il encore permis aux époux de marquer leurs intentions ?

Assurément non. Le principe de l'immutabilité s'y oppose.

Et lors donc qu'un changement viendrait apporter au bloc du contrat un élément de divisibilité, l'article 1395 y met obstacle, l'intention des parties fût-elle évidente.

La loi apporte au principe de l'immutabilité une exception dans le cas de séparation de biens judiciaire.

Cette séparation peut en effet disparaître par suite du rétablissement du régime primitif. Mais l'article 1451 a pour but de régler ce rétablissement. Il décide en effet que les époux réconciliés peuvent ou conserver le régime de séparation de biens que le jugement aura prononcée au profit de la femme, ou reprendre leur ancien régime. Mais alors, dans ce dernier cas, ils ne peuvent le faire qu'à condition de reprendre ce régime sans aucune modification.

Il y a là une notion qui, sans être l'indivisibilité à proprement parler, pourrait paraître s'y rattacher néanmoins.

Nous sommes ainsi conduit à développer logiquement notre idée directrice jusque dans ses conséquences dernières.

La volonté des parties au contrat de mariage est toujours exclue de la question d'indivisibilité proprement dite, comme de celle qui résulte de l'immutabilité, et ces questions ne se posent et ne peuvent se poser qu'une fois le mariage conclu.

En l'absence de jurisprudence sur ce point, nous discuterons le texte même de la loi.

Et notre idée directrice étant désormais dégagée et consistant en ceci : que le principe de l'indivisibilité ne repose jamais sur une recherche d'intention, et que parfois il lui est directement opposé, nous devons désormais vérifier cette idée en étudiant séparément nos deux groupes d'hypothèses.

C'est ce que nous ferons dans deux parties successives, sous les titres III et IV de notre thèse.

Dans la première, nous réunirons tous les cas où une partie du contrat de mariage est atteinte de nullité sans que les autres le soient.

Dans la seconde, nous examinerons le cas où les époux séparés de corps ont repris après réconciliation certaines parties de leur contrat primitif sans reprendre les autres.

TITRE III

HYPOTHÈSES OU UNE PARTIE DU CONTRAT DE MARIAGE EST ATTEINTE DE NULLITÉ LES AUTRES PARTIES NE L'ÉTANT PAS.

Notre première division comprend l'étude des divers cas où une partie du contrat de mariage est atteinte seule de nullité, alors que les autres parties sont valables.

Ceci peut se présenter :

1° Soit que certaines clauses de régime soient valables et les autres nulles ;

2° Soit que le contrat en entier soit nul, mais les donations qu'il contient valables, — ou qu'une donation soit nulle et les autres valables ; — ou enfin que toutes les donations soient nulles et que le contrat reste valable ;

3° Soit qu'une clause étrangère au mariage soit seule frappée de nullité.

CHAPITRE PREMIER

Nous supposons qu'une *clause de régime* est nulle, et nous recherchons si cette nullité partielle doit entraîner, par contre-coup la nullité totale du contrat de mariage.

Si la nullité totale doit être prononcée, cela ne peut résulter que du principe de l'indivisibilité. C'est donc ici l'étude même du principe que nous entreprenons.

Mais qu'entendons-nous par « nullité d'une clause de régime » ?

Dans notre pensée, et cela résulte de la division même que nous venons d'adopter, nous opposons la *clause de régime* à la *donation* proprement dite et à toutes les clauses qui, quoique inscrites au contrat de mariage, sont en réalité tout à fait étrangères au régime.

Les clauses de régime sont, pour nous, toutes celles qui posent une réglementation relative à la composition, à l'administration et à la répartition des biens, c'est-à-dire l'ensemble des dispositions constituant le statut des biens entre époux.

D'après M. Labbé (1), est une convention de mariage celle qui n'est pas faite uniquement dans l'intérêt d'un tiers, celle qui favorise le mariage et augmente les res-

(1) S. 69.1.194, note.

sources et les facultés de la nouvelle famille qui se constitue.

Mais la formule donnée par l'éminent auteur l'a été à propos d'une espèce particulière : il s'agissait de savoir si une constitution de dot, faite dans l'intérêt des parents plus que dans celui des futurs époux, constituait ou non une convention de mariage, et si, en vertu de l'article 1398, l'autorisation des personnes chargées de consentir au mariage avait été ou non suffisante pour permettre à l'enfant mineur de faire cette convention. Or justement nous étudions ici les conventions de mariage par opposition aux libéralités. M. Labbé au contraire rangeait la donation dans les conventions de mariage, puisque l'article 1398 lui-même l'y invite.

Nous ne nous arrêterons donc pas à sa formule qui n'est donnée qu'en vue du seul point de savoir qui peut autoriser le mineur à consentir les conventions.

D'ailleurs nous apercevons que l'expression « conventions matrimoniales » reçoit plusieurs acceptions. Une convention de mariage, considérée comme telle au point de vue de la capacité du mineur, ne sera pas toujours une convention de mariage si on oppose ce mot aux libéralités par contrat.

Or nous nous occupons ici de conventions de mariage par opposition aux libéralités.

Mais il ne faudrait pas croire qu'une convention de mariage soit forcément à titre onéreux. Outre que certaines d'entre elles ont un caractère assez difficile à définir

à ce point de vue, il en est qui sont tout à fait en dehors de la distinction entre actes à titre onéreux et actes à titre gratuit. Telles sont les clauses relatives à la date de paiement de la dot et à la réglementation du paiement, les clauses relatives à la gestion du patrimoine, etc., qui ne statuent pas sur une attribution de biens, qui ne confèrent aucune espèce d'avantages à l'un ou à l'autre des époux.

C'est pourquoi il nous semble préférable d'entendre par convention de mariage les dispositions posant des règles de fonctionnement du régime en dehors des actes mêmes qui opèrent transmission ou constitution des biens destinés à être soumis à ces règles. C'est sur cette base que nous distinguerons les clauses du régime d'une part et les libéralités d'autre part.

Mais cette distinction entraîne avec elle des subdivisions.

En premier lieu, des clauses essentielles, celles qui organisent le fonctionnement même de la communauté d'intérêts et opèrent le choix entre les divers modes d'association et se rattachent intimement au système choisi, dont elles font application : ainsi toutes les stipulations de la communauté conventionnelle.

En second lieu, celles qui, tout en intéressant le régime choisi, peuvent en être séparées comme ne constituant pas à proprement parler des règles de régime. Ce sont des clauses accessoires. Telles sont les stipulations relatives à la capacité de la femme, à ses droits successoraux éventuels,

au mode et à la date de paiement de la dot, les clauses contenant quittance de celle-ci.

En troisième lieu enfin, nous rangeons des clauses qui, quoique contenues au contrat lui sont en réalité étrangères : clauses contenant stipulations au profit de parents, de tiers, reconnaissance de dette, transports de créances, ratification d'actes antérieurs, reconnaissance d'enfant naturel, organisation de l'éducation des enfants.

Ce sont les premières de ces clauses que nous étudions ici dans leurs rapports avec l'indivisibilité. Les autres seront étudiées dans leur ordre logique après les véritables clauses de régime, et les libéralités qui se rattachent plus directement au but même que poursuit le contrat.

Ainsi nous établissons une gradation entre : les clauses du régime elles-mêmes, les libéralités et les clauses accessoires ou étrangères.

Ayant ainsi défini ce que nous entendons par clauses de régime, nous devons dire de suite que nous n'avons que peu d'arrêts en cette matière.

Et c'est en montrant dans quelles conditions le problème peut se poser que nous ferons comprendre pourquoi les tribunaux ont si rarement à connaître de ces questions.

Pour que se pose la question d'indivisibilité dans les clauses d'un régime matrimonial, il faut supposer par hypothèse qu'une clause est nulle alors que les autres sont valables, puisque la difficulté consiste précisément à étudier

la répercussion que peuvent avoir des clauses nulles sur des clauses valables.

Or il est assez difficile de supposer pratiquement que dans l'intérieur d'un contrat, et à s'en tenir aux clauses mêmes de régime, une seule ou quelques-unes seulement seront atteintes de nullité alors que les autres y échapperont.

Les hypothèses de fait qui mettent en jeu le plus souvent des nullités sont les vices de forme ou le défaut de capacité, les vices du consentement, le caractère immoral ou illicite.

I. — *Vice de forme.*

Si la forme peut être différente pour la donation et le contrat, elle est unique pour la stipulation du régime matrimonial en ce qui concerne les clauses de régime. En sorte que : ou bien tout le contrat sera nul pour défaut de forme, ou bien il sera tout entier valable.

II. — *Défaut de capacité.*

La capacité peut certainement — et nous le verrons plus loin — différer dans un contrat de mariage pour les donations et pour le régime, pour les clauses de régime et pour les clauses étrangères. Mais cette capacité peut-elle varier suivant les diverses clauses essentielles du régime, en sorte que les unes seraient nulles pour défaut de capacité et non les autres ?

Cette question mérite d'être étudiée spécialement pour deux catégories d'incapables : le mineur et le prodigue.

A. — *Mineur.* — Sa situation est régie par l'article 1398.

D'après cet article, il peut consentir toutes les conventions et donations dont un contrat de mariage est susceptible, avec l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

Cette règle est ordinairement exprimée sous la forme du vieil adage : *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*.

On pourrait être tenté d'y voir une consécration du principe de l'indivisibilité du contrat qui y serait inscrite à un double point de vue : la capacité de faire les donations, question que nous retrouverons dans le chapitre suivant ; et la capacité de faire le contrat, qui serait générale pour toutes les clauses de régime.

Et on l'expliquerait par une sorte d'indivisibilité du contrat liant toutes les clauses entre elles au point que la capacité pour y consentir ne saurait être fractionnée, et en raison du lien unissant chacune des parties du contrat, il ne saurait être question d'apprécier séparément la capacité nécessaire à chacune de ces parties. Ce pourrait être un nouvel aspect de l'indivisibilité assez explicable après ce que nous avons dit du caractère éminemment variable de cette notion.

Mais cette explication laisse de côté cette considération fondamentale que l'autorité unique chargée d'assister le mineur pour lui conférer une capacité unique est justement l'autorité chargée de consentir au mariage.

Ce second aspect de la règle se justifie par le fait que, à défaut de contrat, il existe un régime légal de biens comprenant une organisation totale des intérêts pécuniaires entre gens mariés.

Or, le consentement au mariage permettant d'aboutir à ce régime légal, la capacité pour faire le contrat de mariage est indirectement influencée par la possibilité du régime légal.

Elle ne s'appréciera pas subjectivement en comparant la plénitude de la volonté à la gravité des engagements pris, mais objectivement en comparant la situation du contrat à la situation du régime légal. Le régime légal entraînant réglementation totale et pouvant résulter de l'assentiment des personnes chargées de consentir au mariage, il a paru nécessaire de permettre au mineur de faire, avec l'assentiment de ces mêmes personnes, un régime conventionnel total. En décider autrement, c'eût été introduire une source de conflits entre les autorités chargées de consentir au mariage et d'entraîner le régime légal comme conséquence, et celles chargées de consentir à un régime conventionnel.

Dès lors, il est impossible de supposer qu'un contrat de mariage passé par un mineur pourrait être nul pour partie par suite d'un défaut de capacité. Et même si, sur un point donné, s'élevait un conflit ou une opposition d'intérêts entre le mineur et les personnes chargées de consentir au mariage et au contrat, il ne saurait y avoir nullité partielle pour les clauses qui donnent naissance à ce conflit, car il est admis que s'il s'agit de clauses du régime et non de clauses étrangères, la personne chargée de consentir au mariage peut les autoriser toutes sans aucune exception (1).

(1) Grenoble, 10 juillet 1860, S. 61.2.21 ; Cass., 23 février 1869, S. 69.1.193.

B.— *Prodigue*.— C'est lorsqu'il s'agit d'un contrat de mariage d'un prodigue qu'il semble possible d'imaginer que certaines clauses de régime, autres que les donations ou les clauses étrangères, pourraient être frappées de nullité pour défaut de capacité, la capacité existant pour les autres clauses.

Pour rendre sensible l'hypothèse que nous avons en vue, nous rappellerons que, après avoir admis en 1856 et en 1889 que le prodigue pouvait faire seul son contrat de mariage, la Cour de cassation est revenue, toutes chambres réunies, sur cette jurisprudence.

Dans un arrêt célèbre du 21 juin 1892 (1), la Cour de cassation a déclaré que « le prodigue n'est pas habile à régler sans l'assistance de son conseil toutes les conventions civiles dont le mariage est susceptible, et notamment à consentir des donations au profit de son futur conjoint ».

De cette formule, il semble bien résulter que le prodigue ne pouvant faire seul toutes les conventions civiles dont le mariage est susceptible, il pourra y avoir nullité de certaines de ces conventions pour défaut de capacité.

Et ainsi se poserait la question difficile de savoir si cette nullité partielle entraînerait la nullité totale.

Mais nous devons avouer de suite que la question en jurisprudence ne s'est jamais posée dans ces termes mêmes. Et lorsque le problème de l'indivisibilité s'est présenté à

(1) D. 92.1.369.

propos du prodigue, il s'est toujours agi d'établir les relations non des clauses de régime entre elles, mais des donations vis-à-vis des clauses de régime.

Cependant les auteurs n'hésitent pas à affirmer qu'il pourrait se produire des nullités partielles d'un régime consenti par le prodigue.

Partant de l'idée que cette capacité est déterminée par la possibilité de se marier sans contrat et d'adopter un régime légal, qu'il s'agit donc d'une capacité dérivée, et, comme nous l'avons montré pour le mineur, envisagée objectivement, des auteurs ont voulu tirer de l'arrêt de 1892 une formule à laquelle M. Bufnoir semble avoir donné sa portée la plus nette en écrivant (1) : « Il en sera ainsi (l'autorisation du conseil sera nécessaire) toutes les fois que les conventions aggraveront pour lui (le prodigue) et sur ses biens les sacrifices résultant de l'adoption de la communauté légale. »

Et ainsi, si cette formule est exacte, tout ce qui dépasse la communauté légale est nul, tout ce qui reste en deçà est valable.

Mais ce système semble avoir été repoussé comme contraire à la raison et à la jurisprudence.

D'abord, en raison, on conçoit mal quelles pourraient être les stipulations qui seraient faites par un 'prodigue au delà de la communauté légale et qui, sans être des donations, entraîneraient nullité de certaines clauses de son contrat.

(1) Sous S. 94.1.449.

Un régime de séparation de biens, un régime dotal, question des libéralités à part, seront toujours plus avantageux pour le prodigue que la communauté légale.

Quant à la communauté conventionnelle qui, en pratique, est toujours faite pour restreindre la communauté légale, comment pourrait-elle l'élargir ?

Par une clause de communauté universelle ? Mais une telle clause vise tout un régime. Si elle est nulle, c'est tout le régime qui tombe, et non pas une partie de ce régime.

Par une clause d'ameublissement ? Mais la pratique, nous dit-on, n'en présente pas d'exemple depuis l'année 1859 (1).

Quelles seraient donc les clauses de régime possibles qui élargiraient pour le prodigue les sacrifices de la communauté légale ? Une clause de reprise d'apport franc et quitte ? Une clause de préciput ?

Plaçons-nous dans ces dernières hypothèses, les seules rationnelles, les seules qui se soient posées en fait devant les tribunaux :

Dans un arrêt du 15 juillet 1895, la Cour de Paris a validé une reprise d'apport franc et quitte et une clause de préciput consenties par un prodigue parce qu'elles sont des modalités atténuées du régime de communauté (2).

Nous pouvons maintenant affirmer qu'il n'est pas pratiquement possible de supposer qu'on se trouve en présence de cas où des clauses du régime consenties par le prodigue, étant

(1) Planiol, III, n° 980.

(2) D. 96.2.362.

annulées, les autres clauses ne sont pas atteintes par l'incapacité.

En effet, les seules clauses en litige ne peuvent être que la reprise d'apport franc et quitte, et le préciput ; or, la jurisprudence les déclare valables.

Pratiquement, la question de nullité partielle ne se posera à l'égard du prodigue que pour les donations. L'arrêt de 1892 ne donnera pas en fait naissance au problème de l'indivisibilité entre les clauses de régime.

III. — *Vice du consentement.*

Essayons de voir si, à d'autres points de vue, on pourrait rencontrer des cas de nullité partielle.

Prenons l'hypothèse de vice du consentement.

Le *dol* tout d'abord.

Comment le dol pourra-t-il vicier le contrat ?

Quoique plusieurs auteurs soient opposés à la nullité du contrat de mariage pour cause de dol, et que M. Lambert déclare n'avoir jamais rencontré l'hypothèse en jurisprudence (1), nous avons relevé deux arrêts.

L'un est relatif à un dol portant sur l'ensemble du contrat qui, de ce chef, a été vicié en entier et annulé par le tribunal civil de la Seine, le 19 février 1869.

L'autre se réfère à une clause partielle qui a été annulée pour cause de dol, mais disons de suite qu'il s'agissait d'une quittance de dot. Or, la Cour de cassation s'est contentée d'annuler cette quittance sans annuler le contrat (2), et il

(1) *Pandectes françaises*, 1897.2, p.36, col. 1.

(2) Cass., 2 mars 1852, *J. Pal.*, 53.1.361.

est de toute évidence qu'il s'agissait là d'un acte qui aurait pu être fait en dehors du contrat qui n'avait avec lui aucun lien nécessaire, et qu'il serait plus logique de ranger dans les clauses étrangères au contrat.

Pour l'*erreur* et la *violence*, ce sont des hypothèses qui ne méritent pas de nous arrêter, elles sont improbables et ne se sont jamais présentées.

IV. — *Ordre public.*

Si donc on veut supposer la nullité de certaines clauses du régime seulement, il faut imaginer que cette nullité tient à des raisons particulières à ces clauses et relatives à leur nature spéciale, c'est-à-dire à leur objet. Il faut supposer qu'elles sont nulles comme contraires à l'ordre public.

Nous avons dans le Code deux articles qui prévoient le caractère illicite de certaines clauses isolées d'un contrat. Ce sont les articles 1388 et 1389. Or ces articles prévoient comme nulles :

1° Les clauses qui dérogent aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme.

2° Les clauses qui dérogent aux droits résultant de la puissance paternelle, ou de la puissance tutélaire sur la personne des enfants.

3° Les clauses qui dérogent aux droits appartenant au mari comme chef de la communauté.

4° D'une manière générale, les clauses dérogeant aux règles prohibitives du Code.

Une observation doit être faite concernant ces prohibitions contenues aux articles 1388 et 1389.

Il s'agit là de clauses qui seront ou accessoires ou étrangères au contrat de mariage et au but qu'il poursuit, de conventions sur le caractère accessoire ou étranger desquelles aucun doute ne pourra s'élever. On conçoit donc que les articles 1388 et 1389 se soient contentés de prohiber ces clauses et elles seules ; que les parties n'aient pas pensé qu'il pourrait en résulter la nullité des autres clauses qui poursuivent un but différent et sont étrangères à celles qui sont nulles, et que jamais la question de l'indivisibilité ne se soit posée à leur sujet.

Si nous examinons les cas de nullité sur lesquels les juges ont eu à statuer, nous voyons que même dans les cas les plus favorables il n'a jamais été question de considérer le contrat de mariage comme solidaire de la nullité de ces clauses.

En effet, même à propos des clauses relatives aux droits du mari ou des clauses contenant des pactes sur successions futures qui se relient plus qu'aucunes autres au contrat de mariage, on aurait pu tout spécialement se demander si la nullité de ces clauses entraînait la nullité du contrat. Or, bien qu'il s'agisse plutôt de clauses accessoires que de clauses étrangères, jamais, dans aucun des arrêts que nous avons soigneusement lus, on ne constate que la question de savoir si la nullité d'une de ces clauses pouvait rejaillir sur une autre ait même été soulevée. Toujours la jurisprudence se borne à déclarer non écrite la clause nulle. Et bien souvent, après l'avoir annulée, elle se base sur les autres clauses du contrat pour régler les quelques difficultés qui ont pu naître à son sujet.

Cette situation est manifeste quand le contrat contient une clause nulle comme constituant un pacte sur succession future, car en annulant la clause litigieuse, le plus souvent c'est dans le contrat que l'on trouvera la règle de dévolution des biens qui doit s'appliquer à défaut du règlement de succession future annulé. Cette règle sera contenue dans les clauses permises comme l'institution contractuelle ou le retour conventionnel auxquels justement le pacte sur succession future venait apporter des restrictions.

Il a été ainsi jugé par la Cour de Bordeaux (1) que la clause d'un contrat stipulant le régime de la communauté et qui attribue les acquêts de communauté aux enfants à naître du mariage est nulle, tant comme constituant une donation à cause de mort, que comme portant donation au profit des donataires non encore conçus (art. 1389 et 1082). Mais que décide alors la Cour ?

« Attendu que la clause d'affectation aux enfants à naître du mariage... n'est pas valable, que le partage des acquêts de la société doit se faire par moitié, dont l'une en toute propriété pour Armand Dalignac, et l'autre en nue propriété pour la succession de la dame Dalignac, l'usufruit de cette moitié appartenant à l'époux survivant *aux termes de son contrat de mariage.* »

Mêmes considérants dans un arrêt de la même Cour du 23 août 1865 (2).

De même dans la fameuse affaire du conflit entre le re-

(1) Bordeaux, 18 août 1864, S. 65.2.15.

(2) Bordeaux, 23 août 1865, S. 66.2.81.

tour légal tranché par les chambres réunies, le 2 juillet 1903 (1), la clause du contrat de mariage d'après laquelle « le droit de l'ascendant donateur ne ferait pas obstacle à l'exécution de toutes donations et dispositions en usufruit même avec dispense de caution et d'emploi, que le futur époux ou la future épouse pourrait faire à son conjoint pendant le cours du mariage, ni à l'effet de tous autres avantages aux dispositions pouvant résulter au profit du futur époux ou de la future épouse, de la loi » ayant été déclarée nulle, il en est résulté l'application pure et simple du retour conventionnel sans les limitations que la clause devait y apporter.

De même encore dans tous les cas où des Cours ont annulé des conventions restreignant la liberté de la femme, clause d'incapacité contractuelle (2) ou limitant les droits du mari comme chef (3), le contrat n'a pas été mis en jeu dans les autres parties, la clause a été simplement réputée non écrite.

Une espèce était assez intéressante : la clause en litige était la suivante : l'hypothèque légale de la femme à raison des créances qu'elle se constituait en dot ne prendrait date que le jour où le mari aurait recouvré ces créances.

La Cour de Grenoble a annulé cette clause, le 7 mars 1868 (4), en décidant « qu'il y a lieu d'annuler ladite clause

(1) *Pand. fr.*, 1903.1.506.

(2) Cass. req., 13 mai 1885, S. 85.1.312.

(3) Cass., 4 juillet 1888, D. 89.1.357.

(4) S. 68.2.339.

et d'ordonner que la dame J... sera allouée sur le prix en distribution du bail en paiement, à la *date de son contrat de mariage* ».

Sans doute cette rédaction un peu lourde et cette solution (qui d'ailleurs n'est pas isolée en jurisprudence) d'après laquelle l'hypothèque légale remonterait non au jour du mariage mais au jour du contrat de mariage, peuvent prêter à quelque critique, mais un fait est clairement acquis : le contrat reste valable.

Et ainsi nous arrivons au seul arrêt qui se soit effectivement occupé des relations entre les diverses clauses du régime en cas de nullité de l'une d'elles :

Les époux Guérin avaient stipulé en même temps une communauté universelle de biens meubles et immeubles présents et à venir, et une communauté d'acquêts avec faculté pour la femme Guérin ou ses héritiers de renoncer aux deux ou d'accepter l'une et de renoncer à l'autre.

La Cour de Bordeaux, qui avait précédemment validé semblable clause dans un arrêt du 27 juillet 1875 (1), cassé d'ailleurs par la Cour suprême (2), est revenue sur sa jurisprudence et, le 1^{er} juillet 1886 (3), a annulé cette clause comme contenant des dispositions contradictoires et inconciliables et comme portant atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales à raison de la condition potestative qui y est enfermée.

(1) D. 76.2.147.

(2) D. 78.1.294.

(3) D. 86.2.283.

Mais statuant sur la répercussion que peut avoir cette nullité, la Cour s'exprime ainsi : « Attendu en effet que la nullité d'une des clauses ne saurait entraîner la nullité du contrat tout entier, que les *intérêts* que gouverne le contrat de mariage ne résident pas seulement dans la stipulation du régime qui doit servir de base à l'association conjugale ; que les conventions matrimoniales embrassent d'une manière générale dans leur prévoyance toutes les dispositions qui peuvent assurer l'établissement de la famille, la prospérité du ménage et l'avenir des époux ; que l'acte, dressé en vue d'un mariage et contenant les constitutions de dot faites aux époux, les donations réciproques autorisées par la loi et autres stipulations permises n'en seraient pas moins un contrat de mariage alors même que les époux auraient passé sous silence le régime par eux adopté ; qu'ils seraient censés s'en être référés au régime de droit commun, et que la régularité et la validité du contrat, en tant que contrat de mariage, ne sauraient être mises en question ; qu'il suit de là évidemment que le contrat de mariage survit à l'annulation de la clause relative au régime matrimonial ; que sans doute la nullité de cette clause entraîne la nullité des dispositions qui y sont liées d'une façon intime, ou en sont la conséquence nécessaire qui ne peuvent avoir une existence indépendante ; mais qu'il en est autrement des conventions qui n'ont point été consenties en considération du régime stipulé et n'ont avec lui aucune relation directe. »

Cet arrêt s'explique longuement sur les raisons qui excluent l'indivisibilité. Avec un éclectisme très libéral il les

admet toutes. Il ne néglige ni la recherche d'intention ni les critères objectifs, il se base à la fois sur l'une et sur les autres.

Cela ne doit pas nous surprendre, car étant donné que rien n'est plus insaisissable que la recherche d'intention, ni plus arbitraire, chaque fois qu'un critérium objectif aura permis de repousser l'indivisibilité, il sera facile d'y ajouter comme complément une recherche d'intention qu'on déclarera défavorable à l'indivisibilité et qui se guidera sur le critérium objectif.

Ce qui est fort remarquable dans notre arrêt, c'est la disproportion des développements qu'il consacre aux raisons de sa décision. Lorsqu'il parle de l'intention des parties, une affirmation unique, pure et simple, et c'est tout ; mais lorsqu'il s'occupe des considérations objectives, il donne des arguments sérieux et longuement développés ; l'intérêt du mariage, l'établissement de la famille, la prospérité du ménage et l'avenir des époux, l'utilité du contrat dans les dispositions qui survivent déduite de la possibilité de faire un contrat même sans adopter de régime, le lien intime résultant d'une conséquence nécessaire, d'une suite forcée ou d'une relation directe.

Tous ces mots peuvent se résumer en un seul : *l'utilité* du contrat dans la partie qui survit.

Parmi les cas de nullité de certaines clauses que nous avons rencontrées, les principales à retenir sont celles qui ont trait aux pactes sur successions futures qui rentrent dans le cadre normal du contrat de mariage, le droit de

succession du conjoint survivant est plutôt un droit matrimonial qu'un droit successoral :

A la clause d'incapacité contractuelle, qui rentre aussi dans le cadre du contrat puisqu'elle a pour but d'établir un régime dotal encore plus rigoureux ;

Au changement de date de l'hypothèque légale pour restitution d'une dot constituée dans le contrat ;

Et à l'option permise entre plusieurs régimes.

Mais ce sont là, nous le verrons, des clauses accessoires, et il était tout naturel, comme nous le montrerons plus loin, que dans aucune de ces clauses l'intention des parties n'ait figuré comme raison décisive et primordiale, permettant ou repoussant la nullité totale.

Notre idée directrice trouve au contraire sa confirmation dans ces faits que le contrat conserve en dehors de ces clauses, toute son utilité, que par suite il doit être maintenu.

Les questions relatives aux droits du mari intéressent la gestion, mais les parties du contrat relatives à la composition des patrimoines et à leur répartition restent utiles.

Les clauses relatives aux successions futures intéressent la répartition, mais alors ce sont les clauses relatives à la formation et à l'administration du principe commun qui gardent leur utilité.

Enfin les clauses relatives au régime sont-elles nulles, le contrat garde encore son utilité dans les stipulations accessoires.

Et ceci nous conduit à repousser une opinion doctrinale généralement admise qui consiste à prétendre que si une

clause du régime est nulle, la nullité totale du régime doit s'en suivre.

M. de Loynes écrit en effet : « A nos yeux, un contrat de mariage comprend nécessairement des clauses relatives au régime matrimonial. Il peut aussi, et accidentellement, renfermer des donations simples ou réciproques et mutuelles. Envisagé en lui-même, le premier élément forme un tout indivisible, et nous sommes portés à penser que l'annulation d'une des clauses relatives au régime des biens entre époux ruine le régime tout entier. »

De même M. Esmein (1) : « Si ce sont les clauses même déterminant le régime qui sont en partie déclarées nulles, il nous semble qu'en principe ce contrat, considéré comme indivisible dans cette partie, doit tomber tout entier, les époux retombent alors sous le régime de la communauté légale. »

De même encore M. Wahl (2), après avoir dégagé la notion d'utilité, se rejette immédiatement sur la recherche d'intention : « La nullité de la donation n'entraîne pas nécessairement celle du contrat de mariage tout entier et ne soumet pas les époux à la communauté légale. Donc, malgré les conclusions de l'époux donataire tendant à faire déclarer en raison de la prétendue indivisibilité, la nullité du contrat de mariage les juges peuvent se contenter d'annuler la donation s'ils constatent qu'en fait les autres stipulations du contrat de mariage n'en avaient pas moins con-

(1) Sous S. 99.1.435, col. 3.

(2) *Revue trimestrielle*, 1900, p. 159.

servé toute leur *utilité* au cas où la disposition litigieuse n'y aurait pas été insérée.

« C'est là effectivement une question de fait, car tout dépend de l'intention des contractants qui peuvent à leur gré établir un lien indivisible entre toutes les clauses d'un contrat. Il n'est pas à supposer que les époux aient entendu faire dépendre de la validité d'une donation le régime adopté entre eux. Il faut être d'autant plus hésitant à annuler un contrat de mariage à raison de la nullité d'une de ses clauses, que l'annulation du contrat de mariage a cet effet que les époux se trouvent mariés sans contrat, c'est-à-dire sous le régime de la communauté légale ; or c'est un régime que n'adoptent jamais volontairement les époux qui prennent la peine de régler leurs conventions matrimoniales. Il a été décidé du reste que la nullité d'une donation fondée sur ce que l'époux donateur, pourvu d'un conseil judiciaire, n'était pas assisté de son conseil, n'entraîne pas la nullité du contrat de mariage dans lequel elle est contenue. »

Mais à ces opinions, nous opposerons les faits jurisprudentiels.

Jamais nous n'avons rencontré une décision annulant tout un contrat par suite d'une nullité de clause de régime. Il est très rare que la question se pose aussi nettement que le veulent ces auteurs. L'hypothèse d'une nullité partielle d'une clause importante du contrat ne se rencontre guère. Mais là où elle se rencontre, comme dans l'arrêt de la Cour de Bordeaux, la jurisprudence maintient quand même le contrat dans la mesure où il peut subsister ; chaque fois

qu'elle se trouve en présence d'une clause secondaire, elle l'annule seule, sans jamais se préoccuper de l'intention des parties.

Cette tendance est facile à justifier. Elle correspond nettement à cette idée que le contrat restera toujours *utile* dans la partie qui subsiste. Elle est d'accord avec les tendances de la jurisprudence en matière de nullité de contrat de mariage.

Sa conception de la nullité en cette matière, qui, pour elle, est toujours une nullité absolue, aurait ouvert aux tiers le droit de demander la nullité totale, et l'aurait entraînée à des conséquences trop graves si l'on avait dû conclure de la nullité partielle à la nullité totale du contrat, au nom de l'indivisibilité.

Cela eût été également contraire au caractère stable qu'elle a voulu imprimer au contrat de mariage considéré par elle comme un arrangement familial, une loi de famille.

Cela eût encore été contraire à la volonté même des époux, puisque cela eût conduit à les placer sous le régime de la communauté légale que cette volonté a justement écartée. C'eût en quelque sorte été tomber de Charybde en Scylla si pour éviter de méconnaître la volonté des conjoints on avait consacré la seule solution dont on soit certain qu'ils n'avaient pas voulu.

CHAPITRE II

Nous arrivons maintenant aux cas plus importants des relations qui existent entre les libéralités et le mariage.

Mais avant d'aborder ce point, il convient de le distinguer du précédent en établissant les limites qui séparent la libéralité proprement dite de la simple convention du mariage.

La donation à cause de mariage sera traitée comme une libéralité ; l'avantage matrimonial, comme un acte à titre onéreux, et rentrera dans les clauses de régime.

La distinction est donc très importante pour nous.

Nous allons examiner une série de cas dans lesquels une libéralité sera nulle, le contrat étant valable, ou bien sera valable, le contrat étant nul.

Cela suppose que les règles de forme ou de capacité peuvent être différentes pour le contrat et la libéralité. Et ces différences qui s'expliquent très bien quand il s'agit de véritables libéralités traitées comme actes à titre gratuit, ne s'expliquent plus du tout, au contraire, quand il est question de simples avantages matrimoniaux traités comme des conventions de mariage, et comme tels soumis à toutes les règles de forme et de capacité du contrat.

Indiquons de suite l'idée maîtresse! qui, à notre sens,

préside à cette distinction et qui nous paraît se dégager de la jurisprudence : la convention de mariage se rattache intimement, par son but même, à la composition ou à la répartition des patrimoines.

Alors que la donation de mariage se borne à faire entrer le bien dans tel ou tel patrimoine, sans pouvoir rien changer aux règles de régime, se contentant tout au plus de ne pas lui obéir si le donateur a formellement exprimé une opinion dans ce sens, la convention de mariage au contraire consiste essentiellement en une modification des règles ordinaires de composition ou de répartition du patrimoine. La clause d'ameublement, la clause de communauté universelle ont trait à la composition du patrimoine ; les clauses de préciput, de partage inégal, d'attribution totale de communauté, ont trait à la répartition des masses.

Ces clauses font partie intégrante du mécanisme même du régime et s'incorporent dans les rouages du système, elles sont elles-mêmes des règles de composition ou de répartition.

Et cela les distingue des libéralités qui sont par leur objet des biens que le mariage va soumettre aux rouages du contrat, et non pas les rouages eux-mêmes.

Et tant que ces clauses fonctionnent comme mécanismes de composition ou de répartition, si exagérées soient-elles, elles restent des conventions de mariage (1).

Voilà pourquoi elles échappent aux règles ordinaires des

(1) Arrêt fondamental du 2 août 1899, D. 1901. 1. 433, note en sens contraire de l'arrêt.

donations. C'est que ces règles conduiraient souvent à les faire tomber, par application par exemple des règles de capacité ou de quotité disponible, et alors le mécanisme du contrat serait faussé, et même le régime détruit !

Vis-à-vis des enfants du premier lit, la loi suppose que le mécanisme est détourné de son but, qu'il n'est plus destiné à assurer la répartition des patrimoines, mais à détourner des biens de leur destination : aussitôt on réapplique dans ce cas aux conventions de mariage les règles des libéralités, l'action en retranchement reparait. L'avantage matrimonial n'est plus une convention de mariage : par une présomption légale son rôle de mécanisme est supprimé.

Quoique nous n'ayons pas trouvé de jurisprudence relative à des cas de nullité d'avantages matrimoniaux, il nous est facile de déduire de la nature même que nous reconnaissons à l'avantage matrimonial, la règle à suivre vis-à-vis de l'indivisibilité.

Si un de ces avantages était annulé, il faudrait rechercher si le mécanisme du contrat étant faussé dans la partie d'où relevait cette clause il peut rendre, soit dans le surplus du contrat, soit même dans cette partie, des services de quelque utilité. C'est encore la notion *d'utilité* qui dominerait.

Ayant ainsi précisé les limites entre la libéralité et la convention de mariage, abordons les cas où, s'agissant de vraies libéralités :

- 1° La libéralité sera valable, le contrat étant nul ;
- 2° La libéralité sera nulle et d'autres libéralités valables ;
- 3° La libéralité sera nulle, le contrat étant valable.

A. — *Donation valable et contrat nul.*

Parmi les cas de nullité totale de contrat, nous pouvons relever les hypothèses suivantes :

1° Nullité pour *défaut d'autorisation* du conseil de famille, celui-ci ayant autorisé le tuteur à consentir à toutes les clauses du contrat mais sans en spécifier aucune dans sa délibération (Pau, 7 juillet 1906) (1).

2° Nullité résultant de ce fait que le contrat de mariage porte une *date postérieure* à celle de la célébration du mariage (Pau, 3 mars 1909) (2).

3° Nullité pour *défaut de présence* de la future épouse.

Nous prendrons cette hypothèse plus particulièrement comme base de notre étude du cas de nullité de contrat et de validité simultanée de donation. C'est elle qui a donné lieu au plus grand nombre d'arrêts.

Dans les pays du Midi, on avait l'habitude avant le Code de faire un contrat de fiançailles. Ce contrat pouvait être fait par un tiers pour un futur absent, et obtenait par la célébration ultérieure du mariage une ratification dont l'effet remontait au temps même du contrat. Et il s'est trouvé, par suite du caractère coutumier que revêtent, plus encore que les autres actes, les contrats de mariage, qu'après le Code on a continué dans le midi à faire de semblables contrats par lesquels, le plus souvent, on constituait une dot à la future épouse en dehors de sa présence.

(1) *La Loi*, 22 septembre 1906.

(2) S. 1910.2.77.

Et alors quatre questions se sont posées à cette occasion devant les tribunaux :

1° Le contrat de mariage ainsi fait est-il valable en la forme ?

2° La donation qu'il contenait était-elle valable en la forme ?

3° Le contrat étant nul, la donation ainsi faite en vertu de ce contrat, à supposer qu'elle soit valable en la forme, est-elle, par la volonté du donateur, liée au sort du contrat qui, dans l'espèce, contient soumission au régime dotal ?

4° A supposer que la donation soit valable en la forme, et qu'on ne puisse la lier au sort du contrat, doit-elle constituer un propre de la femme ou un bien de communauté ?

La première question qui se présente, et qui n'a pour nous d'autre intérêt que celui de la répercussion que peut avoir sa solution sur les questions suivantes, a été définitivement tranchée dans le sens de la nullité du contrat d'où la future épouse est absente. Aucune difficulté sur ce point.

La seconde question, celle de savoir si une donation contenue dans un contrat de mariage nul pour défaut de forme était également nulle pour la même cause, ne nous intéresse également que par sa solution.

Les Cours ont admis assez souvent la validité, mais ce ne fut pas sans difficulté, puisqu'il n'y avait de la part du donataire aucune acceptation.

Chaque fois que la dot consistait en effets mobiliers et avait été réalisée, les Cours ont pu y voir un don manuel et

valider comme telle sa constitution (Toulouse, 5 mars et 20 juillet 1852 (1), et Nîmes, 30 août 1854) (2).

Lorsqu'au contraire la dot a consisté en immeubles, la donation ne peut plus être considérée comme valable. La forme qui manque au contrat manque également à la donation. C'est ce qu'a jugé la Cour de Montpellier, le 16 décembre 1901 (3), dans une affaire de nullité de contrat pour défaut de signature des témoins instrumentaires.

Enfin, remarquons que chaque fois qu'il s'agira d'une institution contractuelle, la nullité du contrat entraînera fatalement la nullité de cette sorte de libéralité qui ne peut être contenue que dans un contrat de mariage (Pau, 3 mars 1909) (4).

La troisième question est au contraire celle même qui doit répondre au problème que nous étudions en ce moment.

Nous recherchons en effet si l'indivisibilité du contrat de mariage ou sa divisibilité dépend de l'intention des parties, et en particulier si l'indivisibilité entre les libéralités et les clauses de régime est commandée par la volonté du donateur de lier sa donation au sort du contrat.

Or chaque fois que le contrat sera nul pour défaut de forme et que, cependant, la donation aura des formes suffisantes pour sa validité, à titre de don manuel par exemple, il faudra se demander si du moins cette donation, qui pour-

(1) S. 52.2.257 et 450

(2) S. 56.2.107.

(3) D. 1907.2.241, et note de M. Capitant.

(4) S. 1910.2.77.

rait être valable quant à la forme, n'est pas entraînée par le contrat de mariage dans sa chute, le sort de l'un étant lié au sort de l'autre.

Et si nous étudions la jurisprudence à ce sujet, nous voyons qu'elle n'a jamais considéré que ce point fit le moindre doute ; jamais elle n'a essayé de sonder la volonté du donateur, toujours, lorsqu'elle a reconnu que la donation avait des formes suffisantes, elle s'est contentée de cette constatation, et jamais elle n'a cherché, en dehors des questions de forme, des motifs de nullité. Dans aucune des affaires qui lui ont été soumises, il n'est venu à l'idée des parties d'invoquer cette cause de nullité (1).

Bien mieux, il est arrivé un cas où l'un des époux dont le contrat était annulé, avait cru devoir céder à la demande deses frères et sœurs, donateurs, qui réclamaient le remboursement des donations contenues au contrat. Or la Cour de Pau a manifesté le regret que l'époux donataire ait renoncé de lui-même à la libéralité :

« Attendu que, en présence d'une pareille prétention (demande faite par les frères et sœurs en caducité de donation) Jean Cabanne (le donataire) eût agi prudemment en opposant aux donateurs l'acte même de donation ;

« Attendu qu'il n'en a pas été ainsi et que les choses ne sont plus entières ;

« Attendu que Jean Cabanne non seulement n'a pas protesté contre ce mode de partage, mais l'a accepté et sanc-

(1) S. 54.2.33 à 35 (plusieurs arrêts des 19 janvier, 1^{er} mars et 9 décembre 1853).

tionné ; qu'il ne peut donc revenir sur son acquiescement ainsi donné à la demande en nullité formée par ses frères et sœurs et régulièrement constatée. »

Ainsi, si malgré la volonté formelle des parties de considérer la donation comme caduque par la nullité du contrat, la Cour de Pau regrette de ne pas être en présence d'une situation encore entière, c'est qu'elle eût certainement maintenu la donation.

Il semble bien d'ailleurs qu'il importe avant tout de conserver la dot aux époux en dehors de toute recherche de volonté. Cette solution s'explique par des raisons tirées de la nature même du mariage et des charges qui en résultent. Car si les époux se sont mariés, c'est peut-être aussi en considération de la dot. Tant que le mariage dure, les biens donnés en considération du mariage restent nécessaires. Certes il est impossible de dire s'ils ont été donnés plus spécialement en vue du mariage ou en vue du régime matrimonial. Mais si nous faisons abstraction de cette recherche d'intention, nous voyons de suite que la considération du mariage donne à la donation un caractère juridique bien précis. La donation n'est pas une donation ordinaire, c'est une donation à cause de mariage qui, comme telle, obéit à des règles bien spéciales et rentre dans une catégorie juridique déterminée. Il y a là non plus un critérium subjectif, mais un critérium objectif, non plus un point de départ incertain et fuyant, mais une base juridique solide et tout à fait nette. On comprend très bien dès lors que ce soit le caractère de donation à cause de mariage qui l'emporte, et que,

tant que durera le mariage, la jurisprudence s'efforcera par tous les moyens en son pouvoir de conserver la donation.

Celle-ci présente toujours une *utilité*, et notre idée directrice est là encore confirmée.

La quatrième question que soulèvent les arrêts et à laquelle ils répondent en dernier lieu est celle de savoir si le contrat de mariage étant nul en la forme, la donation faite à la femme, valable, elle, en la forme et maintenue malgré la nullité du contrat de mariage, doit être considérée comme constituant un bien propre à la femme, ou comme tombant dans la communauté.

C'est, semble-t-il, tout spécialement le cas de faire intervenir la volonté du donateur.

Cette idée se dégage d'un arrêt de la Cour de Nîmes, du 30 août 1854 (1), qui exprime le désir de tenir compte de l'intention du donateur dans le règlement de la condition des biens donnés.

Cet arrêt s'appuie ici sur l'article 1401 du Code civil qui consacre le droit pour le donateur de déterminer cette condition. C'est en effet un principe d'une application constante que le donateur, maître de ne pas donner, est maître de faire suivre aux biens constitués en dot une situation différente de celle qu'ils auraient suivie si on leur avait appliqué purement et simplement les règles du régime.

Ici notre arrêt s'appuie sur une intention non présumée, mais sur une intention certaine qui doit être explicitement

(1) D. 56.2.107, S. 54.2.641. — *Adde* : Grenoble, 7 juin 1851, S. 51.2.613.

et nettement exprimée au moment de la donation. Cependant il peut se faire que cette intention ait été exprimée à propos d'un régime donné et non à propos du régime de communauté qui vient le remplacer à raison de la nullité du contrat de mariage. C'est alors non plus appliquer cette volonté, mais l'interpréter que de décider par exemple, comme l'a fait la Cour de Nîmes, que le désir de faire rentrer les biens donnés parmi les biens dotaux doit être considéré comme l'équivalent du désir de les considérer comme des biens propres dans un régime de communauté. Un tel raisonnement montre, mieux que toutes les critiques qu'on pourrait faire, combien est fragile la base de l'intention des parties.

C'est ce que remarquent également MM. Aubry et Rau dans des termes qui méritent d'être rapportés (1) : « En vain objecterait-on qu'un pareil résultat (considérer les biens donnés comme communs) contrarierait l'intention de l'auteur de la disposition, intention qui ressort d'une manière non équivoque du choix même du régime sous lequel on avait entendu marier les époux. Cette objection serait sans valeur : comme c'est sans leur volonté et par la seule force de la loi que les époux sont dans l'hypothèse qui nous occupe, soumis au régime de la communauté légale, c'est uniquement aussi dans les dispositions de la loi sur ce régime, qu'il convient de rechercher la règle de leurs intérêts. Rien ne prouve d'ailleurs que, s'il avait été question

(1) Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, § 502, p. 234, note 6.

d'établir le régime de la communauté, l'auteur de la constitution dotale eût, par une clause spéciale, réservé en faveur de l'époux donataire la propriété des valeurs comprises dans la constitution, ni surtout qu'une pareille réserve eût été admise par l'autre époux ; et l'on se mettrait en opposition avec le principe de *réciprocité* qui sert de base à l'association des époux sous le régime de la communauté, en exigeant que l'un des époux versât ces capitaux dans la communauté, tandis que l'autre en serait dispensé, sans cependant que cette inégalité de position eût été formellement stipulée et acceptée. »

La grande majorité de la jurisprudence s'écarte avec raison de la solution de la Cour de Nîmes (1).

Nous croyons devoir reproduire les considérants remarquables de l'arrêt par lesquels la Cour de cassation a fixé en 1854 la jurisprudence (2), et qui ont été textuellement reproduits par un autre arrêt de Cassation l'année suivante (3) :

« Attendu que si en cas de donation il est permis au donateur de stipuler que l'objet de la libéralité, quoique de nature mobilière soit exclu de la communauté pour rester propre à l'époux donataire, on ne saurait faire résulter cette condition des clauses d'un contrat de mariage qui, frappé

(1) Grenoble, 7 juin 1851, S. 51.2.613 ; Toulouse, 19 janvier 1853 ; Pau, 1^{er} mars 1853, et Montpellier, 9 décembre 1853, S. 54.2.33 à 35.

(2) S. 54.1.437 (Civ. Rej., 29 mai 1854).

(3) S. 55.1.125 (Civ. Rej., 9 janvier 1855).

de nullité, et rédigé d'ailleurs en vue du régime dotal seulement, n'a rien prévu pour l'hypothèse du régime de communauté ; que les époux doivent donc, par une juste et nécessaire réciprocité subir respectivement dans tous ses effets le régime qui existe ainsi pour eux par la seule force de la loi. »

Ainsi donc il apparaît nettement que l'intention du donateur est inopérante pour décider du sort que suivra la constitution de dot, parce que la jurisprudence ne se reconnaît pas le droit d'interpréter sa volonté en dehors des hypothèses mêmes pour lesquelles il a donné.

Et cette impossibilité d'envisager la pensée du donateur est encore bien plus grande quand il s'agit de savoir si sa donation était liée à la validité du contrat de mariage. Car ici, il ne s'agit plus d'étendre une volonté formellement exprimée pour un régime, à un régime voisin, plus ou moins différent ; il s'agit de supposer entièrement, de forger de toutes pièces ce qu'aurait été une volonté qui ne s'est pas exprimée du tout. On est en plein inconnu. Aussi la jurisprudence ne s'est-elle jamais essayée à cette tâche, et on ne trouve aucune décision qui s'en préoccupe pour motiver une solution.

Il est bien plus simple et plus conforme aux faits de partir de cette idée, qu'une donation de mariage est soumise plutôt à la validité du mariage qu'à toute autre considération :

La donation de mariage est un genre particulier de donation, mais son caractère juridique lui a été imprimé dans

l'intérêt du mariage, c'est-à-dire dans l'intérêt des époux, et non contre eux.

Son trait dominant, c'est de durer aussi longtemps que le mariage et d'être stipulée non seulement en faveur des époux, mais encore en faveur des enfants à naître du mariage.

Il suffit que le mariage subsiste pour que la donation subsiste, elle est liée nécessairement au mariage, elle n'est pas, à moins de stipulation formelle, liée au contrat. Son *utilité* est liée au mariage, non au contrat.

Aussi devons-nous croire qu'il serait vain de vouloir rechercher dans quelle mesure une donation de mariage dépend du régime choisi. L'intention du donateur d'établir un lien entre la constitution de dot et le régime nous échappe, elle n'est pas formellement exprimée, elle cède devant la nature juridique particulière de donation de mariage qu'il lui a imprimée en la faisant à de futurs époux. Ce caractère domine tous les autres.

B. — *Libéralité nulle et contrat de mariage valable.*

Supposons maintenant le cas inverse, c'est-à-dire que la constitution de dot soit nulle et que le contrat soit valable.

Deux questions surgissent :

1° La nullité réagira-t-elle sur les autres libéralités ?

2° La nullité réagira-t-elle sur le contrat ?

Va-t-on dire que l'intention des contractants était de solidariser les donations entre elles ou avec le contrat de mariage, en sorte qu'une donation tombant, les donations et le

contrat de mariage doivent suivre le même sort et être annulées ?

**§ 1. — Influence de la libéralité nulle sur les
autres libéralités valables.**

Etudions d'abord l'influence de la nullité d'une donation sur les autres libéralités.

S'il s'agit de libéralités faites par des tiers, il semble qu'il faille les considérer comme tout à fait indépendantes les unes des autres.

S'il s'agit de donations entre époux, il faudra distinguer suivant qu'elles sont ou non réciproques.

Si elles ne le sont pas, il faut aussi les considérer comme indépendantes dans leur validité.

Au contraire, quand ces donations sont réciproques, l'avis général est que la nullité de l'une entraîne forcément la nullité de l'autre.

C'est ce que disent : M. Lambert (1) : « Il peut y avoir indivisibilité entre certaines clauses accessoires du contrat, c'est ce qui se produit au cas d'institutions contractuelles réciproquement consenties par chacun des époux au profit du survivant d'entre eux, l'annulation de l'une entraîne la disparition de l'autre »,

et M. de Loyne (2) : « Nous croyons que dans les cas de donations réciproques et mutuelles, les vices de fond qui

(1) *Pand. fr.*, 1897.2.36.

(2) D. 91.1.449.

affectent dès l'origine l'une des libéralités, réagissent sur l'autre, et que l'annulation de la première fait tomber la seconde. »

Mais si nous pensons comme ces auteurs que la nullité de l'une des deux donations réciproques doit entraîner la nullité de l'autre, c'est qu'à notre sens il y a là non deux actes distincts et unis par un lien d'indivisibilité, mais bien un seul acte unique.

Disons d'ailleurs de suite que cette question ne présente pas un grand intérêt, ainsi que le fait très justement remarquer M. Wahl (1) : « Mais la question de l'indivisibilité ainsi restreinte ne peut guère se poser en pratique, car généralement, c'est après le décès de l'époux qui a fait une donation nulle, c'est-à-dire au moment où cette donation commence à produire son effet, que la nullité est demandée, et dès lors la donation faite par réciprocité étant devenue caduque, il est sans intérêt de savoir si elle doit tomber par suite de nullité. »

§ 2. — Influence de la libéralité nulle sur le contrat valable.

Nous voici conduit à la question de savoir si la nullité de la donation réagira non plus sur d'autres donations, mais sur le contrat lui-même.

Ici encore, est-ce dans une recherche d'intention que se trouvera le motif de se décider ?

Cette manière de voir a été soutenue.

(1) *Revue trimestrielle de droit civil* (1909, 159).

M. Wahl écrit (1) : « C'est là effectivement une question de fait, car tout dépend de l'intention des contractants qui peuvent à leur gré établir un lien indivisible entre toutes les clauses d'un contrat. »

M. Baudry-Lacantinerie avait déjà dit (2) : « Reste à savoir sur quoi frappera la nullité, sera-ce sur le contrat tout entier ou seulement sur les clauses qui contiennent des aliénations excédant les limites légales ? C'est à ce dernier parti qu'on semble en général se rallier, d'après la règle : *utile per inutile non vitiatur*. Mais dans certains cas, n'arrivera-t-on pas ainsi à un résultat inacceptable comme étant tout à fait contraire à la justice et à la *volonté des contractants*. »

Nous allons vérifier si cette doctrine est exacte en étudiant les arrêts qui ont touché à ce problème et en recherchant dans leurs décisions quels sont les motifs qui les ont guidés.

La question s'est présentée dans deux catégories d'espèces différentes :

Tantôt la donation a été déclarée nulle par suite de l'incapacité du donateur qui était pourvu d'un conseil judiciaire ;

Tantôt la donation a été déclarée nulle pour n'avoir pas été autorisée par le conseil de famille du donateur qui était mineur.

Nous allons examiner ces deux hypothèses séparément parce qu'elles ont donné naissance chacune à des arrêts de jurisprudence.

(1) *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909. 159.

(2) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, III, n° 30.

Prenons d'abord la première hypothèse, celle où la donation est nulle comme ayant été faite par un prodigue en dehors de son conseil.

C'est là une difficulté ancienne et fort célèbre en jurisprudence, nous l'avons déjà rencontrée au début de cette étude.

Quand un prodigue a fait seul son contrat de mariage, la première question qui se pose est celle de savoir si ce contrat est valable. On a vu que, en principe, on l'admet unanimement.

Mais en ce qui concerne les donations, l'accord n'existe plus.

Les uns les déclarent valables ; ils s'appuient soit sur la règle « *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* » signifiant que la validité du mariage entraîne celle du contrat et de toutes les stipulations relatives au contrat, y compris les donations, soit sur l'indivisibilité du contrat de mariage ainsi comprise que la validité du contrat doit entraîner la validité de toutes les parties.

Ainsi que l'a fort bien remarqué M. le procureur Ronjat, la question d'indivisibilité se pose en réalité dans un sens tout à fait inverse : elle consiste à déduire de la nullité d'une partie la nullité du tout, et non à déduire de la validité de l'ensemble la validité d'une partie isolée de l'acte.

Deux arrêts de Cassation ont reproduit cette doctrine de l'indivisibilité, ainsi comprise, que les donations sont valables parce que le contrat le serait.

L'un est un arrêt du 24 décembre 1856 déjà cité (1). On y lit : « Qu'en effet on ne peut diviser le contrat de mariage, et tout en maintenant le régime d'association conjugale qui a pour base la volonté expresse ou tacite des futurs époux, déclarer sans validité les pactes ou dons de gain de survie qui s'y trouveraient mêlés parce que, dans ce contrat tous les pactes s'entraînent et se mettent en équilibre... »

L'autre est un arrêt de la chambre civile du 6 juin 1889 (2) qui reproduit textuellement l'attendu précédent sauf toutefois le dernier membre de phrase qui y est supprimé. Cela n'est pas sans importance, nous le verrons ultérieurement.

Mais cette jurisprudence ne l'a pas emporté.

Une opinion contraire, basée sur le principe de l'indivisibilité, entendu dans le sens où nous le comprenons, consiste à dire que, puisque la donation est nulle, le contrat de mariage est nul dans son entier.

Elle a été exposée par M. Baudry Lacantinerie (3) : « Le contrat de mariage, écrit cet auteur, n'est-il pas alors un ensemble dont toutes les parties sont solidaires, et par suite n'est-il pas juste et rationnel au moins quand c'est une clef de voûte qui tombe, de ruiner l'édifice tout entier ? »

Cette opinion également extrême n'a pas été suivie par la doctrine.

Nous arrivons ainsi à l'examen de l'opinion qui l'emporte

(1) D. 57.1.18.

(2) D. 91.1.449.

(3) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. III, p. 22, n° 30.

aujourd'hui dans la jurisprudence comme dans les commentaires des auteurs :

Il n'y a pas indivisibilité entre le contrat fait par le prodigue et la donation qu'il a consentie.

La jurisprudence qui se refuse à voir là une indivisibilité est à la fois antérieure et postérieure aux deux arrêts précédents, qu'elle encadre en quelque sorte.

Elle a été définitivement établie par un arrêt des chambres réunies.

La Cour d'Orléans saisie sur renvoi par l'arrêt du 5 juin 1889 dont nous avons parlé, ayant statué dans le même sens que l'arrêt cassé, l'affaire est revenue devant les chambres réunies de la Cour de cassation qui ont repoussé le principe de l'indivisibilité.

La question est désormais tranchée.

Et de cette jurisprudence, nous croyons devoir retenir les passages suivants :

Le premier est emprunté à un arrêt d'Amiens du 21 juillet 1852 (1) :

« Attendu qu'en retranchant de ce contrat la quittance de 2.000 francs et la donation de l'usufruit, il reste une communauté réduite aux acquêts ; que ce régime ne contient rien de contraire aux prohibitions de l'article 499 et qu'il n'existe point de lien nécessaire et de solidarité entre les dispositions annulées et les clauses conservées dans ledit contrat de mariage. »

(1) D. 53.2.39.

L'autre est tiré de l'arrêt des chambres réunies du 21 juin 1892 (1).

« Attendu... qu'on n'objecte pas avec plus de raison l'indivisibilité du contrat réglant les conditions civiles du mariage, laquelle ne permettrait pas d'annuler les donations contenues dans ce contrat et de conserver en même temps le régime matrimonial stipulé entre les parties ; que sans doute les dispositions d'un contrat de mariage, comme celles de tout autre contrat, ne sauraient être arbitrairement scindées, mais qu'il ne s'ensuit pas qu'il ne puisse s'y rencontrer certaines clauses dont la nullité restera isolée et n'entraînera pas la nullité du surplus. »

Ainsi donc, en jurisprudence, le principe d'indivisibilité n'a pas triomphé.

Pourquoi ?

Est-ce parce qu'il n'existe pas dans la volonté des parties le désir de subordonner la validité du contrat à la validité de la donation ? Est-ce parce que dans la pensée des contractants il n'y avait pas dépendance de l'un vis-à-vis de l'autre ? Faut-il chercher dans l'intention des parties la raison de cette divisibilité ?

Plusieurs commentateurs l'ont pensé.

M. le procureur Ronjat, dans ses conclusions d'ailleurs tort remarquables sur lesquelles a été rendu l'arrêt de 1892, s'exprime ainsi :

« L'indivisibilité des clauses du contrat de mariage est

(1) D. 92.1.369.

contraire aux principes du droit, au texte de la loi, à la pratique journalière et constante. Il n'existe en effet aucun lien légal entre le régime matrimonial adopté par les époux et les donations contenues au contrat de mariage. En adoptant un régime quelconque, on peut ne pas stipuler de donation ou stipuler une donation quelconque — et rien ne lie légalement le régime matrimonial avec la donation contenue au contrat. Cela devient évident quand le donateur est autre que l'un des époux : dans ce cas la donation est révoquée par survenance d'enfant, elle est nulle si le donateur est un mineur, un interdit, un incapable par une cause quelconque, et la révocation ou la nullité de la donation n'entraîne pas la nullité du contrat lui-même ou sa modification. »

MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville écrivent (1) : « Nous ne croyons pas que les juges puissent prononcer des décisions de cette nature autrement qu'à titre exceptionnel et en les appuyant sur l'intention des parties contractantes. »

M. de Loynes, dans une note sous l'arrêt de cassation de 1889 précité (2), exprime une idée analogue, il ne repousse pas la recherche de l'intention des parties.

Mais si nous examinons attentivement les arrêts eux-mêmes, nous y verrons qu'ils ne se sont jamais placés en face de l'intention présumée des parties. C'est à un tout autre ordre de considérations qu'ils font appel. Tous essayent

(1) *Contrat de mariage*, I, n° 205.

(2) D. 91.1.449.

En fait, et c'est là surtout ce qui nous intéresse, la Cour de cassation ne recherche pas du tout, comme on lui demandait de le faire, quelle a pu être l'intention de la dame de Camont ou de ses parents en prévision d'une hypothèse qui n'a pu rentrer dans ces calculs. A ce point de vue subjectif, la Cour substitue un point de vue objectif. Elle recherche si, en dehors de la donation, le régime gardait son utilité. Ce n'est donc pas dans l'intention qui a présidé à ces relations entre la donation et le contrat, mais dans le caractère pratique de ces relations, dans le lien objectif, matériel, utilitaire qui les réunit, que la Cour de cassation trouve la base de sa solution.

Une fois de plus, la validité subordonnée ne dépend pas d'une intention. Elle dépend de l'utilité.

Nous croyons avoir désormais montré que pour avoir écarté l'application des articles 1172 et 900 aux libéralités du contrat de mariage, nous n'avons pas cependant réintroduit dans la validité subordonnée du contrat vis-à-vis des libéralités, et des libéralités vis-à-vis du contrat, le principe de recherche d'intention que l'étude de ces articles 1172 et 900 nous avait une première fois conduit à rejeter.

La délibération du conseil de famille nécessaire à l'habilité à faire son contrat avait bien spécifié l'acceptation par le conseil du régime choisi, mais elle était muette sur la question donation.

Sur une demande en nullité de donation, la dame de Camont répondit par une demande en nullité du contrat lui-même qu'elle n'avait conclu qu'en considération de la libéralité.

Cette prétention a été définitivement repoussée par la Cour de cassation, chambre civile, dans un arrêt du 30 novembre 1908 (1), dans lequel nous trouvons l'attendu suivant :

« Attendu que sur cette demande l'arrêt attaqué a déclaré que l'indivisibilité invoquée par la dame de Camont n'existait ni en droit parce qu'elle n'était nulle part inscrite dans la loi, et qu'elle ne résultait nécessairement par ailleurs d'aucun des principes de la matière, ni en fait parce que les autres stipulations du contrat n'en auraient pas moins conservé toute leur *utilité* au cas où la disposition litigieuse n'y aurait pas été insérée ; qu'en statuant ainsi... la Cour de Pau n'a pas violé.... Rejette. »

Ainsi donc, sur la question nettement posée de savoir si la nullité de la donation entraîne celle du contrat, la Cour de cassation répond en droit et en fait.

En droit, elle affirme qu'aucune indivisibilité n'est inscrite dans la loi.

(1) D. 1909.1.418.

En fait, et c'est là surtout ce qui nous intéresse, la Cour de cassation ne recherche pas du tout, comme on lui demandait de le faire, quelle a pu être l'intention de la dame de Camont ou de ses parents en prévision d'une hypothèse qui n'a pu rentrer dans ces calculs. A ce point de vue subjectif, la Cour substitue un point de vue objectif. Elle recherche si, en dehors de la donation, le régime gardait son utilité. Ce n'est donc pas dans l'intention qui a présidé à ces relations entre la donation et le contrat, mais dans le caractère pratique de ces relations, dans le lien objectif, matériel, utilitaire qui les réunit, que la Cour de cassation trouve la base de sa solution.

Une fois de plus, la validité subordonnée ne dépend pas d'une intention. Elle dépend de l'utilité.

Nous croyons avoir désormais montré que pour avoir écarté l'application des articles 1172 et 900 aux libéralités du contrat de mariage, nous n'avons pas cependant réintroduit dans la validité subordonnée du contrat vis-à-vis des libéralités, et des libéralités vis-à-vis du contrat, le principe de recherche d'intention que l'étude de ces articles 1172 et 900 nous avait une première fois conduit à rejeter.

CHAPITRE III

Nous sommes amené à l'étude de notre troisième chapitre qui doit être consacré aux clauses étrangères au contrat de mariage.

Ces clauses sont assez fréquentes dans la pratique.

Notre premier soin doit être de distinguer les conventions dont nous nous occupons des autres conventions contenues au contrat, et de rechercher le critérium qui nous servira à faire cette distinction.

Il est d'ailleurs assez difficile à déterminer parce qu'il devra s'appliquer à des clauses d'ordre tout à fait divers, comme les clauses relatives aux frais de contrat, une quittance de dot, une clause relative à la date du paiement de la dot, une cession de transport contenue dans le contrat, des avantages stipulés au profit de tiers, des reconnaissances d'enfants naturels, des clauses relatives à l'éducation d'enfants à naître du mariage.

Une première observation s'impose de suite. Nous n'étudierons pas ici les clauses qui ne se trouvent que matériellement liées au contrat de mariage (1). Nous supposons

(1) Aubry et Rau, 5^e éd., t. VII, § 501, note 1.

que celles que nous étudions se relient intellectuellement au contrat.

Dans ces clauses une distinction se fait d'elle-même entre certaines qui ont un rapport éloigné non direct avec le contrat, et d'autres qui y sont totalement étrangères. Les clauses relatives aux frais de contrat, à la quittance de dot, à la date de paiement de celle-ci, sont plutôt des clauses accessoires, les autres apparaissent seules comme vraiment étrangères.

Malgré une opinion généralement admise, nous ne pouvons souscrire à l'idée que la clause concernant les frais de contrat soit une convention de mariage proprement dite. C'est une clause nettement accessoire. Il en est de même, selon nous, des clauses relatives à une quittance de dot, ou au paiement de celle-ci. Elles rentrent bien dans le cadre du contrat de mariage, mais ce ne sont pas des conventions matrimoniales à proprement parler. Ce sont plutôt des modes d'exécution de ces conventions. Elles présentent ce trait commun de ne pas être des règles de composition ou de répartition des patrimoines, et de ne pas être non plus des dispositions plaçant des biens sous ces règles.

Avant d'étudier le critérium qui nous servira à préciser la notion des clauses étrangères, il nous faut donc mettre de côté ces clauses accessoires.

A notre connaissance, la jurisprudence a eu une occasion d'en annuler une : la quittance de dot. L'arrêt de cassation que nous rapportons plus haut est intéressant parce qu'il admet le cas de dol comme une cause de nullité même dans

les contrats de mariage, et parce qu'il se contente d'annuler la clause sans toucher au reste du contrat qui gardait toute son utilité.

« Attendu que le dol et la fraude forment une exception à toutes les règles qui régissent les contrats consensuels, que même dans le cas où il s'agit de conventions matrimoniales il appartient aux juges de vérifier les faits invoqués à l'appui de la demande en nullité, de les apprécier, de rechercher si le consentement n'a été donné que par suite de la fraude et des manœuvres dolosives, encore bien que cette clause n'ait pas été expressément spécifiée par le demandeur, et par suite d'annuler s'il y a lieu les conventions ; — Attendu que l'arrêt attaqué, pour décider que le sieur D... n'avait été amené que par la fraude et le dol pratiqués envers lui à donner dans son contrat de mariage avec la demoiselle Adèle de R..., quittance d'une somme de 30.000 francs qu'il n'avait pas reçue, s'est fondé sur une série de faits rappelés dans ses motifs et dont l'appréciation rentrait dans les attributions souveraines de la Cour d'appel. qu'en prononçant par suite la nullité de cette quittance de 30.000 francs, la Cour d'appel n'a commis aucune violation de l'article 1395 du Code civil, mais a fait une saine appréciation des principes ci-dessus rappelés (1). »

Si nous nous plaçons en face de clauses vraiment étrangères, nous remarquerons qu'on y rencontre l'un des deux traits suivants : ou bien elles ne concernent pas les ques-

(1) Cass., 2 mars 1862, *J. Pal.*, 1853.1.361.

tions pécuniaires (éducation des enfants), ou bien elles ne concernent pas les époux ni les enfants à naître du mariage, elles sont faites dans l'intérêt des tiers.

Leur critérium sera donc d'être étrangères au but du contrat de mariage qui est de régler des intérêts pécuniaires concernant soit les époux, soit les enfants à naître : Telles sont les clauses visant les reconnaissances d'enfants naturels ou consentant des avantages aux parents ou aux tuteurs de l'un des futurs époux.

Ces conventions, surtout sous cette dernière forme, sont assez fréquentes dans les contrats de mariage, et la jurisprudence en offre plusieurs exemples.

Les auteurs n'hésitent pas à déclarer que la nullité de l'une d'elles doit rester sans influence sur le sort du contrat. « De telles conventions sont distinctes du régime matrimonial et leur sort n'y est point attaché. Le contrat peut devenir caduc, il peut être annulé, elles conserveront leur indépendance et leur vie propre, pourvu toutefois qu'elles satisfassent aux conditions spéciales qui sont nécessaires à leur existence ; elles sont régies par le droit commun..... leur anéantissement ne fait pas disparaître le régime, et, inversement, si le régime se trouve nul, elles ne disparaissent pas nécessairement avec lui (1). »

Cependant il semble bien que l'intention des parties, en insérant ces clauses dans le contrat, a pu être prépondérante, elle a pu être de faire de ces clauses la condition même

(1) Faribault, *Des nullités du contrat de mariage*, thèse Paris, p. 131.

du contrat. Le fait même que ces clauses sont étrangères au contrat paraît tout à fait significatif, car le lien ne peut précisément résulter ici que de l'intention des parties. Pourquoi les ont-elles inscrites dans le contrat, sinon pour les lier à lui, pour les y rattacher, pour les solidariser avec lui non objectivement, mais du moins subjectivement ?

Et cependant les auteurs écartent toute solidarité entre ces clauses et le régime. C'est donc qu'au fond la recherche d'intention doit se réduire à une présomption de volonté fondée uniquement sur des bases objectives.

En dehors d'elles, en effet, le contrat garde toute son utilité.

C'est à notre idée directrice que, sans le vouloir, la doctrine fait ici appel.

Et la jurisprudence l'a confirmée : c'est dans le cas d'un contrat de mariage nul contenant une clause de transport ; celle-ci a été jugée valable et indépendante du sort du contrat : « Attendu qu'il est vrai que ce contrat de mariage est tombé faute de célébration, mais que le transport n'était pas une convention matrimoniale proprement dite, quoique se trouvant par occasion dans un contrat de mariage ; que son existence ne dépendait pas du sort de celui-ci, que le défaut de célébration qui a fait tomber les conventions de mariage, laisse debout et dans toute sa force le contrat de cession, alors que la cédante, majeure à cette époque, était capable de contracter en dehors d'un contrat de mariage (1). »

(1) Marvejols, 3 juillet 1854 ; Nîmes, 25 mai 1857, par adoption de motifs ; S. 57.2.609.

En sens inverse, chaque fois qu'une de ces clauses a été annulée, le contrat de mariage a été maintenu par les arrêts.

Ces annulations se sont surtout présentées à propos des stipulations faites dans des contrats de mariage concernant des parents ou tuteurs de l'un des futurs époux, en état de minorité.

La loi défendant en pareil cas au représentant de l'incapable de passer avec lui un acte quand leurs intérêts sont contraires, la tentation était grande d'outrepasser cette règle sous le couvert de l'article 1398.

Dans le contrat de mariage, en effet, la personne chargée de consentir au mariage peut autoriser le mineur à passer toutes espèces de conventions, et il est admis que cette autorisation est valable et suffisante, même dans le cas où les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux de la personne chargée par l'article 1398 de l'habiliter au contrat.

Le danger résultant de ces règles combinées était si grand pour le mineur que la jurisprudence a senti le besoin de l'écarter dans les cas les plus pressants, notamment quand on avait cru régulariser dans le contrat des actes antérieurs contraires aux règles de la tutelle.

Elle se base pour le faire sur ce que les avantages consentis au profit d'autres que les époux ou les enfants à naître du mariage cessent lorsque ces avantages sont prédominants d'être des conventions de mariage. Dès lors l'article 1398 cesse d'être applicable, on retombe dans le droit commun, et les garanties qu'il accorde au mineur doivent à nouveau exister pour lui.

C'est ainsi que des arrêts ont été conduits à annuler certaines clauses parce que étrangères au contrat de mariage et non couvertes par les règles de forme de ce dernier. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 23 janvier 1869 (1) où il est dit :

« Attendu sans doute que l'article 1398 ne s'applique qu'aux conventions dont le contrat de mariage est susceptible et non à celles qui, étant étrangères à la formation et au règlement de l'association conjugale, ne peuvent être soustraites à la règle qui fait cesser les pouvoirs du tuteur dont les intérêts sont en opposition avec ceux du mineur. »

Ceci résulte également d'un arrêt de la Chambre civile du 11 décembre 1882 (2) rendu dans les circonstances suivantes : la future épouse recevait à titre de donataire de l'un de ses parents, et sous une charge, une chose qu'elle avait jadis achetée sous la même charge de ce même parent. Voici les considérants intéressants :

« Attendu... que la substitution consentie par la future épouse Combes le 29 avril 1865 était en réalité celle d'un nouveau titre de propriété à un titre préexistant, et qu'un tel consentement de la part d'une fille mineure ne pouvait être valable encore que la convention fût insérée dans un contrat de mariage ; qu'en effet les conventions que, aux termes de l'article susvisé du Code civil, le mineur habile à consentir avec l'assistance des personnes dont le consentement est requis pour le mariage lui-même, et contre les-

(1) S. 69.1.193.

(2) S. 83.1.411.

quelles, d'après l'article 1309, il n'est pas restituable, sont uniquement celles dont le contrat de mariage est susceptible, et non celles qui sont étrangères à la formation ou au règlement de l'association conjugale ; — Attendu que parmi les conventions de la première espèce se trouve certainement comprise une donation de biens immeubles faite par un tiers à la future épouse, mais qu'il en est autrement si la convention, n'ayant de la donation que l'apparence, porte sur des biens dont le prétendu donataire avait déjà la propriété à un autre titre ; que la renonciation expresse ou virtuelle faite en ce cas par la future épouse à son droit de propriété antérieur, ne saurait, à aucun point de vue, être considérée comme concourant à la formation ou au règlement de l'association conjugale ; qu'en décidant le contraire et en accueillant par suite l'action intentée par Pradal contre les époux Combes à fin de révocation de la donation du 29 avril 1863, l'arrêt attaqué a faussement appliqué et par suite violé l'article 1398 ; — Casse. »

Il a été également jugé qu'une institution contractuelle faite avec charge de payer 850.000 francs de dettes du père et de lui servir une rente annuelle et viagère de 20.000 francs, était un acte onéreux de caractère aléatoire, mais susceptible de rescision pour cause de lésion ; or cet acte avait été autorisé par qui ? par le père lui-même. Il ne pouvait le faire que si c'était vraiment une convention de mariage. Or, la Cour de cassation a déclaré qu'il n'y avait pas là une convention de mariage et a déclaré ces charges rescindables pour cause de lésion (1).

(1) Cass., 10 décembre 1867, S. 68.1.124, et Riom, 11 juillet 1864,

Les clauses dont nous venons de nous occuper présentaient ce trait commun d'être stipulées au profit de tiers.

Telle est également la caractéristique de celles relatives à la reconnaissance des enfants naturels.

Une espèce assez intéressante s'est présentée à ce sujet devant la Cour de Grenoble le 6 août 1861. Il s'agissait d'époux qui avaient exprimé dans leur contrat le désir de légitimer un enfant naturel. Le mariage n'ayant pas suivi, le contrat était devenu caduc, et il s'agissait de savoir s'il pouvait au moins valoir comme reconnaissance d'enfant naturel.

La Cour ayant admis que la clause en question équivalait à une reconnaissance, il fallait rechercher si la caducité du contrat entraînait la disparition de cette reconnaissance, et elle a conclu au contraire en faveur de son maintien par ce double argument que la reconnaissance est une déclaration qui doit subsister une fois faite et que même caduc, le contrat continuerait d'être un acte authentique suffisant pour lui donner effet (1).

Quant aux clauses relatives à l'éducation des enfants à naître du mariage, elles sont étrangères au contrat comme ne réglant pas de question d'ordre pécuniaire.

Nous voyons donc, en ce qui concerne les clauses étrangères au contrat, qu'elles sont maintenues quoique le con-

S. 64.2.161. — Cf. Grenoble, 5 août 1839 et 10 juillet 1860, S. 61.2.21.

(1) D. 61 2 207.

trat soit annulé, et en sens inverse qu'elles peuvent être annulées sans que le contrat soit atteint dans ses autres parties.

Une seule remarque mérite d'être faite. C'est qu'ici, à côté des cas de nullité proprement dite du contrat de mariage, viendra se joindre l'hypothèse de sa caducité ; lorsque le contrat sera caduc faute de mariage, il ne saurait être question de maintenir les clauses du régime ou les clauses accessoires ou les libéralités. Car, faites les unes comme les autres en vue du mariage, elles se trouvent désormais sans objet. Au contraire, les clauses purement étrangères pourraient, même en cas de caducité du contrat par défaut de célébration du mariage, recevoir leur effet.

Ici encore nous avons vu que l'indépendance réciproque de ces clauses et du contrat trouvait sa justification non dans une recherche d'intention, mais dans la mesure où l'utilité des unes et des autres continue à subsister.

TITRE IV

L'INDIVISIBILITÉ DES DIFFÉRENTES PARTIES DU CONTRAT DE MARIAGE DANS SES RAPPORTS AVEC SON IMMUTABILITÉ

Nous devons, dans une autre partie, examiner le principe de l'indivisibilité du contrat de mariage dans ses rapports avec l'article 1395, c'est-à-dire avec le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Nous avons vu précédemment qu'une fois le mariage conclu les conventions matrimoniales prenaient vis-à-vis des époux un caractère de fixité tout particulier, parce que là où existe un régime légal, le domaine de la volonté dans le contrat de mariage est forcément limité à la période antérieure au mariage. Nous avons montré alors que l'immutabilité ne crée pas une indivisibilité entre le mariage et le contrat. Nous rechercherons maintenant quelle influence peut avoir le principe de l'immutabilité sur les diverses parties du contrat de mariage envisagées entre elles. La question se pose à propos des conséquences qu'entraînent vis-à-vis du contrat la séparation de biens et la séparation de corps.

CHAPITRE PREMIER

Pour nous, le principe de l'immutabilité est la conséquence même de l'existence de deux domaines.

Il a pour but d'empêcher que le domaine du régime conventionnel s'étende après le mariage dans un temps où la convention est désormais sans pouvoir.

Cette idée a reçu dans notre première partie une consécration formelle qui rend sensible l'harmonie de toute notre thèse.

En effet, nous venons de démontrer que si une clause quelconque du contrat est nulle, pour savoir son influence sur le contrat il n'y a jamais lieu de tenir compte de l'intention des parties. Cette intention se manifesterait par la demande de nullité totale faite après le mariage, elle introduirait dans le sort du contrat une volonté qui ne se manifesterait que postérieurement au mariage, et ce serait un leurre que de vouloir rechercher cette volonté avant le contrat, à un moment où elle ne pouvait exister, en vue d'une hypothèse qu'elle ne pouvait prévoir. Seule l'idée d'utilité permettra de dire ce qui peut être conservé du contrat. Il était donc conforme au principe de l'immutabilité, tel que nous l'entendons, de repousser ces recherches d'intention. Une fois le mariage conclu, l'intention des époux

ne peut plus influencer le sort du contrat. L'immutabilité est en quelque sorte une crête qui séparerait deux versants : le versant du régime conventionnel et le versant du régime légal.

Non seulement le principe de l'immutabilité s'oppose aux recherches d'intention, mais bien plus il leur défend de se manifester. C'est sous cet aspect que nous allons maintenant l'étudier.

Ainsi compris, le principe de l'immutabilité conduit à prohiber toutes les modifications que les époux voudraient apporter à leur régime.

Mais ce principe de l'immutabilité se rattache-t-il au principe de l'indivisibilité ? en est-il une conséquence ? en est-il une manifestation ?

Entre les deux principes, relevons tout d'abord un trait commun qui pourrait servir de lien :

Tous deux ont pour résultat de constituer le régime matrimonial en un bloc unique, indivisible dont il devient impossible de séparer l'une des parties.

Mais dans la manière dont ils s'opposent à la divisibilité apparaissent aussitôt des différences nombreuses.

Le principe de l'immutabilité a pour but d'empêcher que des changements partiels ne se produisent dans le régime. Le principe de l'indivisibilité consiste au contraire, quand des nullités partielles se produisent, à étendre la nullité au régime entier.

Si le principe de l'immutabilité n'existait pas, le domaine du principe de l'indivisibilité serait infiniment plus vaste.

Chaque fois qu'un changement partiel se produirait, il faudrait se demander quelle répercussion il aurait sur le reste du contrat. Grâce au principe de l'immutabilité, cette question ne peut se poser. Le problème de l'indivisibilité ne surgira qu'en cas de nullité partielle, c'est-à-dire dans un cas où la modification subie par le contrat est l'œuvre de la justice et était contenue en germe dans le contrat lui-même. Et pour éviter toute intervention de la volonté des parties, la jurisprudence reconnaît même à cette nullité le caractère de nullité absolue.

Ainsi le principe de l'immutabilité a pour fonction de limiter le champ d'application du principe de l'indivisibilité, celui-ci n'entrant en jeu que dans le cas où le principe de l'immutabilité est hors de cause.

Cette différence entre les deux principes qui tient à ce que l'un est un principe de fixité, l'autre un principe de dépendance, semble cependant avoir été méconnue dans une hypothèse classique où le rôle respectif de ces deux principes a été singulièrement confondu et mêlé, et où l'on a invoqué le principe de l'indivisibilité alors que, selon nous, le principe de l'immutabilité est seul en jeu.

CHAPITRE II

A l'immutabilité existe une exception : le droit pour la femme de demander à la justice la substitution du régime de séparation de biens au régime antérieur, quel qu'il soit. Notons d'ailleurs qu'en pareil cas, le rôle de la volonté est très notablement réduit par le contrôle de la justice.

Remarquons en passant que jamais il n'a été question d'annuler les donations faites aux époux sous prétexte qu'une séparation de biens était intervenue. C'est là une preuve de plus de l'indépendance des donations avec le maintien de tel ou tel régime. Et si l'on veut bien considérer que la séparation de biens est une mesure de protection pour la femme, on comprendra que, plus que jamais les libéralités qui lui ont été faites deviennent pour elle vraiment utiles, enfin que pour celles faites au mari et dans la mesure où elles ne sont pas encore dissipées, elles restent utiles pour assurer les reprises de la femme ; c'est encore l'idée *d'utilité* qui domine le maintien des libéralités.

De même il ne saurait être question d'annuler les clauses de régime qui gardent leur utilité : clauses accessoires, clauses étrangères et les clauses même de régime qui ne touchent pas à l'administration qui doit appartenir à la femme, notamment toutes les clauses de répartition des biens qui

fonctionnent dans la liquidation qui va intervenir. Il est impossible de soutenir que ces clauses n'ont été consenties qu'en vue de la dissolution de la communauté par le prédécès de l'un des époux.

Une fois la séparation de biens accomplie, elle n'est pas non plus définitive. Là encore le principe de l'immutabilité reçoit une atteinte.

L'article 1451 permet en effet que la communauté dissoute soit rétablie du consentement des deux parties.

Toutefois il y met cette condition que l'acte de rétablissement soit notarié et en minute, et qu'une expédition soit affichée dans la forme de l'article 1445.

Enfin il déclare que toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement est nulle.

C'est cette dernière disposition qui nous intéresse plus particulièrement.

Elle pose en effet le principe que le rétablissement de la communauté doit être total, ou ne pas être.

Le contrat forme un bloc qu'on doit reprendre ou abandonner en entier, dont on ne peut distraire aucune partie.

Cette règle était nécessaire pour empêcher qu'on ne tournât indirectement l'article 1395.

Désireux de modifier leur régime, les époux n'avaient qu'à faire demander la séparation de biens par la femme. Puis, sous prétexte de rétablissement du régime ancien,

auraient réalisé les modifications projetées en ne rétablissant pas dans son intégrité leur régime primitif.

Mais cette disposition finale de l'article 1451 donne lieu à une difficulté classique :

Lorsque les époux n'ont opéré qu'un rétablissement partiel de leur régime, sur quoi porte la nullité ?

Est-ce sur le rétablissement même du régime, et la séparation de biens continuerait ainsi d'exister ?

Est-ce sur les clauses modificatives, et le régime serait rétabli dans son intégralité ?

La rédaction de l'article 1451 est assez ambiguë pour fournir à chacun des arguments de texte.

Essayons de voir comment le principe de l'immutabilité peut influencer sur la solution.

On peut soutenir qu'ici encore tout se réduit à une recherche d'intention. Les parties ont-elles ou non entendu que le rétablissement soit partiel et ne soit que partiel, ont-elles voulu faire du rétablissement partiel la condition même de leur rétablissement ? ou au contraire ont-elles voulu d'abord et avant tout le rétablissement du régime, les modifications n'étant pas déterminantes dans leur esprit ?

C'est ce qu'a soutenu M. Baudry-Lacantinerie (1) :

« Ce que la loi déclare nul lorsque le retour au pacte matrimonial primitif n'est pas stipulé purement et simplement, c'est la convention de rétablissement et non pas seulement, comme on l'a prétendu, les clauses dérogoires. En d'au-

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. III, n° 191.

tres termes, quand les époux ont déclaré rétablir leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la régissaient primitivement, ce n'est pas seulement la partie de la convention dérogeant au pacte matrimonial primitif qui est nulle, mais bien la convention tout entière, et par suite la communauté n'est pas rétablie. Cette solution, conforme au texte de la loi, conforme aussi à l'intention probable des parties qui, ayant déclaré ne rétablir leur communauté que sous telle condition, dérogent au pacte matrimonial primitif, n'ont pas voulu évidemment en accepter le rétablissement pur et simple, est aussi en harmonie avec la théorie de la loi sur l'effet des conditions illicites dans les contrats à titre onéreux ; on sait que leur présence a pour résultat d'annuler le contrat (v. art. 1172). La question toutefois est controversée. *Peut-être y aurait-il lieu d'examiner quelle a été en fait la volonté des époux.* »

Faire intervenir ici la volonté des parties pour savoir si dans leur esprit la nullité prononcée des clauses doit entraîner la chute de tout le rétablissement, c'est régler notre controverse en y faisant intervenir le principe de l'indivisibilité.

Là nous semble être l'erreur.

L'article 1451, et de cela personne ne doute, a pour but de consacrer le principe de l'immutabilité. Il est, comme nous l'avons vu, dicté par le désir d'empêcher qu'on ne tourne indirectement le principe: Il s'oppose à ce qu'aucun changement ne soit fait dans le régime qui avait précédé la séparation de biens. Dès lors, c'est ce changement, et ce changement seul qui doit être annulé.

Mais, dira-t-on, ce changement était la condition même du rétablissement du régime, et l'indivisibilité de cet acte s'oppose à une nullité partielle.

De ceci l'article 1451 n'a cure. Edicté pour sauvegarder le principe de l'immutabilité, il se contente d'en déduire la seule solution qui en découle, la nullité du changement, c'est-à-dire des clauses modificatives.

Conclure de cette nullité à la nullité totale du rétablissement, c'est faire intervenir un principe étranger à l'article 1451. On affirme que ce principe doit cependant intervenir et que c'est le principe de l'indivisibilité.

Nous allons montrer que rien n'est plus inexact.

Le principe de l'indivisibilité conduirait à dire qu'une partie du contrat étant nulle, l'autre partie devrait tomber.

Or, l'article 1451 n'a jamais songé à prononcer une nullité de régime, il prononce simplement la nullité de l'acte de rétablissement qui ne saurait en quoi que ce soit être considéré comme un contrat de mariage nouveau.

La théorie de l'immutabilité tout entière s'y opposerait. Et la preuve, c'est que, aux termes de l'article 1451, le régime rétabli reprend effet au jour du mariage.

Si donc une indivisibilité était en cause, ce ne pourrait être l'indivisibilité du contrat, ce ne serait que l'indivisibilité de la convention de rétablissement.

Or, même ainsi réduite l'indivisibilité n'existe pas, car elle n'a d'autre but que de faire fraude à la loi, et ce lien qu'on entend lui opposer et qui n'est dirigé que contre elle est purement factice, la loi ne saurait hésiter à le briser.

Que veulent les parties ? Elles veulent une alternative : ou bien faire un rétablissement partiel : cela leur est défendu ; ou bien, si elles ne peuvent tourner la loi, revenir à l'état de choses existant avant leurs conventions et empêcher que celles-ci ne se retournent contre elles. Mais cela, c'est s'assurer contre les dangers que fait naître l'acte illicite, et cela encore est contraire à la loi. C'est invoquer, pour échapper aux conséquences légales qu'elle entraîne, sa propre turpitude.

A quoi bon faire une recherche d'intention quand celle-ci doit toujours aboutir à un résultat identique : annuler la clause modificative, seule si elle n'est pas conditionnelle, et, si elle est considérée comme condition du rétablissement, annuler cette condition ? Il n'y a donc pas lieu d'appliquer ici une prétendue indivisibilité tirée de la volonté des parties, puisque si cette indivisibilité subjective existait, elle serait illicite.

L'article 1172 que l'on a invoqué en faveur de l'opinion soutenue par MM. Baudry-Lacantinerie et Aubry et Rau, d'après laquelle le rétablissement serait frappé, annule bien en effet en totalité toute convention faite sous condition illicite, impossible ou immorale ; mais cet article suppose essentiellement que la nullité est demandée dans une convention où des prestations réciproques mettent en balance la condition et les engagements pris et, ainsi que nous l'avons longuement démontré, l'article 1172 n'est pas basé sur une recherche d'intention, il s'explique par une idée d'équilibre.

Tout autre est la situation prévue par l'article 1451.

Nous sommes en présence de deux parties qui ne contractent pas l'une avec l'autre. L'une d'elles ne s'engage pas à effectuer pour l'autre une prestation quelconque à charge d'obtenir en retour l'accomplissement d'un acte considéré par la loi comme juridiquement impossible.

Il s'agit de deux époux faisant ensemble un acte unique qui suppose leur concours. C'est un acte unilatéral accompli par deux personnes qui ne promettent rien ni à elles-mêmes ni à autrui et qui n'ont d'autre raison de faire cet acte que de frauder la loi. Toutes deux sont complices de la fraude, et aucune d'elles ne peut l'invoquer pour réclamer la nullité totale de l'acte valable dans ses autres parties, et se couvrir ainsi des périls de l'opération. La nullité de la modification ne saurait à aucun titre entraîner la nullité du rétablissement, puisqu'il n'y a pas deux prestations effectuées par deux personnes différentes et destinées à se faire équilibre. Nous devons donc décider que le rétablissement est valable et que seul son caractère partiel tombe sous le coup de la loi.

Nous ne rencontrerons ici ni indivisibilité de contrat de mariage ni indivisibilité de convention ordinaire. Voilà la conclusion à laquelle nous sommes conduits.

L'article 1451 ne s'explique qu'avec l'aide du principe de l'immutabilité et des principes généraux applicables aux actes illicites et à la fraude contre la loi.

CHAPITRE III

La séparation de biens, que jusqu'ici nous avons supposée judiciaire, peut également résulter de la séparation de corps.

On admettait sans difficulté, avant 1893, que les époux séparés de corps qui se réconciliaient pouvaient bénéficier des dispositions que nous venons d'étudier et contenues dans l'article 1451.

Leur réconciliation pouvait se doubler d'un rétablissement de leur ancien régime, et même ce rétablissement paraissait tout indiqué puisque rien ne justifiait la séparation de biens que la nécessité d'une vie séparée. En reprenant la vie commune, il semblait naturel que les époux, la femme n'ayant aucune raison de critiquer la gestion du mari, croiraient utile de rétablir l'ancien régime.

Mais la loi du 6 février 1893, qui a rendu à la femme séparée de corps sa pleine capacité civile, soulève une difficulté.

Elle déclare qu'en cas de réconciliation des époux la femme reprendra la capacité ordinaire d'une femme séparée de biens aux termes de l'article 1449, pourvu que la reprise de la vie commune soit constatée dans un acte notarié soumis à une certaine publicité.

Le nouvel article 311 ainsi modifié a-t-il eu pour résultat d'écarter l'application qu'on faisait jusque-là de l'article 1451 à la femme séparée de corps ?

C'est une question controversée en doctrine.

Elle a été tranchée par le tribunal de Nîmes le 30 juillet 1896 (1), qui décide que l'article 311 n'a pas écarté l'application de l'article 1451.

La femme séparée de corps qui se réconcilie avec son mari a donc faculté d'opter entre trois partis :

1° Ne pas faire d'acte notarié et garder sa pleine capacité ;

2° Faire un acte notarié avec publicité prévue par l'article 311 et être capable aux termes de l'article 1449 ;

3° Et enfin, comme une femme séparée judiciairement de biens, faire un acte notarié, lui donner la publicité prescrite non par l'article 1451, mais par l'article 311 et stipuler formellement dans cet acte le rétablissement du régime primitif.

A ce point de vue, la situation de la femme séparée de biens accessoirement à une séparation de corps sera donc analogue, sauf une petite différence dans la publicité à donner au rétablissement du régime, à la situation de la femme séparée de biens judiciairement.

Mais entre elles subsistera cette différence de traitement : que les donations faites par contrat de mariage ou autrement ne sont pas touchées par la séparation de biens ju-

(1) D. 97.2.325, S. 97.2.85.

diciaire, nous avons pris soin de le faire remarquer, alors qu'au contraire la jurisprudence, étendant l'article 299 du Code civil du cas de divorce au cas de la séparation de corps, déclare l'époux coupable déchu des avantages à lui consentis.

Alors va se poser la question suivante : S'il y a eu réconciliation sans rétablissement de régime, les donations entre époux par contrat de mariage revivront-elles par le seul fait de la réconciliation ?

Pour les donations faites entre époux au cours du mariage. l'affirmative s'impose. Elle est généralement admise par les auteurs. La déchéance tombe en effet avec la cause qui l'a fait naître comme le pardon efface la peine, et à cela il n'y a nul péril, puisqu'aussi bien toutes ces donations sont révocables.

Mais pour les donations contenues dans le contrat, la difficulté est très grande, car il semble bien que si l'on voulait faire revivre le contrat, il était nécessaire de faire un rétablissement total encore permis avec l'article 311.

Rétablir au contraire les donations sans rétablir le contrat tout entier, admettre que la réconciliation simple entraîne rétablissement des libéralités faites entre époux, par contrat de mariage, sans faire cesser la séparation de biens, n'est-ce pas donner une solution contraire au principe de l'indivisibilité qui semble lier le sort des donations par contrat avec le sort du régime ?

Disons de suite que la jurisprudence semble avoir partagé cette manière de voir.

On lit en effet, dans un arrêt de Rennes du 23 décembre 1892 (1), le considérant suivant :

« Que le contrat de mariage forme un tout indivisible ; que ses dispositions s'expliquent les unes par les autres et ont été la condition expresse du mariage ; que par suite les donations, gains de survie ou avantages quelconques y contenus en faveur de l'un ou de l'autre des époux ne sauraient subsister ou *revivre* séparément des autres conventions matrimoniales surtout en l'absence d'un acte formel constatant la volonté expresse des époux sur ce point. »

En sens inverse, la Cour de Caen avait dit, le 15 avril 1885 (2) :

« Attendu que les donations contractuelles, quoique partie intégrante du contrat de mariage et participant à l'immutabilité des conventions matrimoniales, en diffèrent par le caractère et par les effets ; qu'elles ne sont pas de l'essence du contrat puisqu'elles ne s'y rencontrent pas toujours et que, quand elles y figurent, à la différence des autres conventions et stipulations, que la séparation de biens judiciaire modifie ou même annule, cette mesure est sans effet à leur égard ; — Attendu qu'elles constituent des libéralités, puisant leur raison d'être dans les sentiments d'affection qui animent l'un envers l'autre les futurs époux et déterminent leur union ; qu'il est donc légitime, en cas de séparation de corps impliquant des torts graves exclusifs de ces mêmes sentiments de la part de celui des conjoints con-

(1) S. 94.2.80.

(2) S. 87.2.193.

tre qui elle est prononcée, que ce dernier perde le bénéfice des avantages qui lui avaient été conférés et dont il s'est rendu indigne ; — Attendu que la réconciliation survenant efface complètement, en ce qui concerne la personne des époux, les effets de la séparation de corps et les remet au même et semblable état qu'auparavant ; qu'elle suppose nécessairement avec l'oubli de l'offense un retour à la confiance et à l'affection primitive et implique de la part de celui qui pardonne la volonté de rétablir les avantages qui, dans le principe, les avait sanctionnés. — Par ces motifs, Déclare rétablies, par suite de la réconciliation,... les donations insérées dans le contrat de mariage des époux Vilette. En conséquence, dit et juge que l'épouse Vilette est donataire, en vertu du contrat de mariage, des avantages à elle consentis par ledit contrat. »

La Cour de cassation, au contraire, n'a pas voulu se placer sur le terrain de l'indivisibilité pour solutionner cette difficulté :

« Attendu, dit-elle, que la veuve soutient que cette réconciliation a fait revivre de plein droit les gains de survie ou avantages contenus dans le contrat ; mais attendu que ces avantages faisaient partie intégrante du contrat réglant les conditions pécuniaires du mariage ; — Attendu en droit que l'article 1451 du Code civil qui s'applique à tous les régimes a subordonné le rétablissement du régime dissous par la séparation de corps à un consentement des époux qui ne peut être formulé que dans un acte notarié dressé en minute et affiché, lequel doit remettre en vigueur toutes les

conditions qui réglaient antérieurement les intérêts des époux... (1). »

La Cour de cassation, si elle accepte la solution qui consiste à déclarer que les donations par contrat ne revivent pas de plein droit par le fait de la réconciliation, se garde bien de rattacher cette solution au principe de l'indivisibilité.

Et en effet ce principe consiste en ceci qu'une nullité partielle peut entraîner une nullité totale.

Or la question que nous discutons pose un tout autre problème : celui de savoir si, en cas de chute totale, on peut restaurer une partie de l'acte tombé sans pour cela relever le reste.

Mais en même temps que nous montrons la différence qui existe entre cette idée et la véritable indivisibilité, nous devons rappeler une considération préliminaire que nous avons déjà développée.

Prévoyant le cas où une libéralité tomberait en vertu de l'article 299, et rappelant qu'elle pouvait être révoquée à l'égard d'un des époux sans l'être à l'égard de l'autre, nous disions que cette déchéance fonctionnait à titre de peine et en dehors de toute notion d'indivisibilité.

Or cette déchéance ne tient aucun compte de l'indivisibilité puisqu'elle va avoir pour résultat de priver un seul des époux de sa libéralité. Il n'est pas plus contraire à l'indivisibilité de rétablir ou de ne pas rétablir cette libéralité après la réconciliation que de l'avoir maintenue seule pendant le temps de la séparation de corps.

(1) Cass., 27 décembre 1893, S. 94.1.119.

Le problème est un problème de droit pénal.

Lorsque la réconciliation s'opère, à coup sûr la déchéance devrait disparaître, mais encore faut-il, pour que cette *restitutio in integrum* soit possible, que des obstacles logiques ne s'y opposent pas.

Parmi ces obstacles figure en première ligne l'impossibilité de reprendre le contrat de mariage autrement qu'en observant certaines formalités accessoires de son rétablissement.

Ainsi la solution consacrée par la Cour de cassation n'est pas une question d'indivisibilité, et les motifs qu'elle a donnés de sa décision correspondent bien à la nature exacte de la difficulté qui consiste à déterminer dans quelle mesure il peut y avoir après le pardon une reprise des droits perdus quand les conditions qui avaient donné naissance à ces droits ne peuvent plus se réaliser. Le lien de dépendance qui unit ici les donations au contrat est un lien purement formel. Il n'est pas la consécration du principe de l'indivisibilité qui, lui, touche au fond et non à la forme (1).

(1) V. Aubry et Rau, 5^e édit., t. VII, § 487, n° 8 *bis*

TROISIÈME PARTIE

CE QUI RESTE DU PRINCIPE DE L'INDIVISIBILITÉ APRÈS EXAMEN DE LA JURISPRUDENCE

Arrivé au terme de notre étude, si nous jetons un regard en arrière pour embrasser d'un coup d'œil le chemin parcouru, nous constatons que tout au long de cette route, nous n'avons jamais rencontré une décision de jurisprudence ayant annulé un contrat de mariage tout entier par application du principe de l'indivisibilité.

Certes, nous avons rencontré un assez grand nombre de décisions affirmant en matière de contrat de mariage la règle de l'indivisibilité, mais chaque fois que l'une d'elles a reconnu l'existence du principe, ce fut pour déclarer qu'il était inapplicable en l'espèce.

Bien mieux, un certain nombre de décisions, après avoir affirmé le principe de l'indivisibilité, s'en sont servi non pour annuler la partie valable comme liée au sort de la partie nulle, mais au contraire pour valider la partie nulle en considération de la partie déclarée valable. Tels sont les arrêts de la Cour de cassation des 24 décembre 1856 (S. 57.1.245, D. 57.1.18) et 5 juin 1889 (S. 89.1.413, D. 91.1.449).

En sorte que notre principe, loin de conduire à la nullité de l'ensemble, n'a jamais servi, quand il fut appliqué, qu'à proclamer la validité du tout. Sans doute les décisions de

1856 et 1889 ont été isolées. L'arrêt de 1892 les a reniées.

Mais ce singulier résultat qui en découlait témoigne nettement de la répugnance de la jurisprudence à étendre la nullité dans les contrats de mariage aux parties saines, et de son désir manifesté d'appliquer au contraire aux stipulations matrimoniales les règles les plus favorables, de leur donner un caractère ferme, de les protéger contre les atteintes qui les menacent, d'assurer leur stabilité. Et cette tendance que les arrêts de 1856 et 1889 avaient exagérée, tous les arrêts la consacrent dans des solutions moins absolues non plus en validant le tout, mais en refusant d'annuler l'ensemble.

Nous assistons ainsi à un phénomène singulier : d'une part des décisions qui semblent admettre le principe de l'indivisibilité, d'autre part des solutions de ces mêmes arrêts qui semblent le contredire.

Toutefois, si nous examinons les arrêts d'un œil très attentif, nous remarquons que l'affirmation du principe va en s'atténuant avec le temps. Le dernier arrêt de Cassation du 30 novembre 1908 se contente de réduire notre fameux principe à cette simple idée que les clauses d'un contrat de mariage « ne sauraient être scindées arbitrairement ». Au surplus, il le rejette comme n'existant ni en fait ni en droit.

Et de cette constatation se dégage une impression très nette :

La jurisprudence a fait accueil à une formule séduisante, d'aspect logique, et qui paraît à un certain moment s'être

imposée. Puis, lorsqu'il a fallu traduire cette formule dans les faits, elle n'a pu se résoudre à en tirer les conséquences qu'elle comportait parce que les conséquences étaient manifestement mauvaises.

De ces conséquences, les juges ont accepté celles qui leur paraissaient le moins contraires à la notion qu'ils se faisaient du contrat de mariage. Ils ont admis la formule dans la mesure où elle semblait favoriser la validité du contrat, ils l'ont repoussée quand elle conduisait à l'annulation.

Puis, à la réflexion, la jurisprudence a compris que le principe de l'indivisibilité qui ne permettrait pas de prononcer une nullité totale ne pourrait non plus fonder une validité totale.

Alors, et depuis 1892, les arrêts ont repoussé toutes les conséquences de notre soi-disant principe. Aujourd'hui, il ne subsiste plus que par la magie des mots.

Ainsi l'étude du principe de l'indivisibilité dans le contrat de mariage illustre d'une manière fort remarquable la façon dont la jurisprudence accueille des conceptions doctrinales pour la forme, quitte à n'en tirer aucun parti dans ses solutions.

A lire superficiellement les décisions de jurisprudence, on peut être tenté de dire qu'elle reconnaît et admet ce principe. C'est un examen plus attentif qui seul permet d'affirmer que la jurisprudence n'a jamais appliqué réellement ce principe de l'indivisibilité, et que celui-ci ne figure dans les arrêts que comme un hommage tout platonique rendu aux conceptions de la doctrine.

Si cette idée est exacte, nous devons, en cherchant bien, découvrir comment est né dans la doctrine ce principe de l'indivisibilité et comment il a passé dans la jurisprudence. Ainsi nous saisirons sur le vif le phénomène dont les arrêts permettent de deviner l'existence, et nous en apporterons une démonstration complète et absolue.

C'est le jurisconsulte Troplong qui, dans son *Traité du contrat de mariage* publié en 1851, a donné pour la première fois au principe de l'indivisibilité sa formule et lui a attribué en matière de contrat de mariage une importance capitale. Ainsi que M. Lambert l'a montré avec grande force dans sa note aux *Pandectes françaises*, nos anciens auteurs et notre ancienne jurisprudence distinguaient dans les contrats de mariage, les clauses ordinaires des clauses extraordinaires. Aux premières seules, ils appliquaient la maxime *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*. La jurisprudence de nos Parlements, quand elle avait à statuer sur la validité d'un contrat de mariage, tenait compte du caractère des clauses arguées de nullité, elle recherchait également, pour déterminer le caractère exact d'une clause, comment elle se rattachait au reste du contrat.

Il y avait dans cette manière de procéder un souci évident de la vérité pratique et le désir de donner au contrat tout son effet dans la mesure où le permettait la protection des incapables, il n'y apparaissait aucun souci de l'indivisibilité.

Mais lorsqu'a prévalu, pour le commentaire d'un code écrit et récent, une méthode d'interprétation plus artificielle

parce qu'elle était plus soucieuse du texte que des faits, lorsque les idées pures remuées et ramenées à la surface dans les discussions de la rédaction eurent repris la prédominance, lorsque surtout la notion idéale et subjective de la volonté eut affirmé, avec l'aide de la philosophie du xviii^e siècle, sa suprématie dans un monde désormais épris d'individualisme, n'était-il pas naturel que le contrat de mariage fût ramené à son tour à des conceptions abstraites et logiques ?

Troplong s'empare de cette idée que la volonté des contractants y est vraiment souveraine. Il voit dans cette volonté indivisible la source d'un lien nécessaire entre toutes les clauses qui sont les manifestations de ces volontés. Il se refuse à séparer ce que la pensée des contractants paraît avoir uni.

Il écrit : « Les clauses d'un contrat de mariage ne sont pas susceptibles de division. Elles se lient, s'enchaînent, se coordonnent » (t. I, n° 298).

Son influence sur l'arrêt de 1856 paraît évidente si l'on songe qu'il a été nommé premier président de la Cour de cassation, en 1852, et MM. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville n'hésitent pas à voir dans son influence la cause principale de cet arrêt qui, pour la première fois, a proclamé le principe de l'indivisibilité.

Ce principe doit donc le jour à Troplong, et l'union du jurisconsulte avec la Cour de cassation allait le légitimer.

Désormais il est admis que la volonté des parties imprime au contrat de mariage une unité remarquable, que chacune

des clauses n'a été consentie qu'en considération des autres, et que, dans cet édifice, il est impossible de faire une brèche sans en détruire l'harmonie.

Mais qu'une nullité partielle se présente, qu'une clause soit détruite, les arrêts constatent que l'édifice est encore partiellement debout, que bien des parties demeurent solides et que le bon sens commande d'utiliser ce qui reste.

Alors la jurisprudence déclare que les parties anéanties n'étaient pas essentielles, qu'en fait, elles n'étaient pas de celles auxquelles s'applique l'indivisibilité. Et comment en effet saurait-elle ce qu'ont voulu les contractants ? Elle ne peut juger du lien qui les unissait que par l'aspect de ce qui reste et par la possibilité d'en tirer parti.

Ne serait-il pas insensé, après avoir démoli l'aile d'un bâtiment, de n'en jamais garder la partie centrale, sous prétexte que l'architecte les avait conçues comme inséparables et qu'elles sont l'œuvre de sa volonté unique et d'une conception artistique indivisible ? Et si l'édifice central lui-même doit disparaître, n'est-il pas opportun d'en garder les ailes qui peuvent encore rendre d'utiles services ?

Ainsi la jurisprudence devait, mise en présence des faits, se décider par des raisons objectives tirées de l'utilité que peut présenter le contrat dans les parties non frappées de nullité. C'est, nous l'avons vu, ce qu'elle a fait.

Mais, en même temps, elle a dans ses attendus voulu marquer qu'elle n'obéissait pas à de pures raisons de fait, et elle a voulu donner à ses arrêts un plus grand prestige en

les accompagnant de considérations doctrinales, notamment du principe de l'indivisibilité suggéré par Troplong.

Ce défaut de concordance entre les solutions et les attendus, voilà à quoi a abouti la formule donnée par la doctrine, et encore aujourd'hui connue sous le nom d'indivisibilité du contrat de mariage.

Vu :

Le Président,
BARTIN.

Vu :

Le Doyen,
P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
Pour le Vice-Recteur, l'Inspecteur de l'Académie,
LAMIRAUD.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — Explication de l'expression : « indivisibilité ».	Pages 1
--	-------------------

Les divers sens du mot. — L'indivisibilité dans le contrat de mariage. — Limitation aux questions de validité subordonnée.

PREMIÈRE PARTIE

EXISTE-T-IL UNE VÉRITABLE INDIVISIBILITÉ ENTRE LE MARIAGE ET LE CONTRAT DE MARIAGE ?	5
---	----------

La validité de l'un dépend-elle de l'autre ? — Indépendance du mariage vis-à-vis du contrat. — Le mariage valable ne valide pas forcément le contrat. — Le contrat nul n'entraîne pas la nullité du mariage.

CHAPITRE PREMIER. — Etude de la règle « Si nuptiæ sequantur ».	9
---	----------

Contient-elle un principe d'indivisibilité ? — Non.

CHAPITRE II. — Etude de la règle « Habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia ». Le jurisconsulte Troplong et la règle de l'indivisibilité	11
--	-----------

Contient-elle un principe d'indivisibilité au moins quant aux règles de capacité ? — Application à l'hypothèse du contrat de mariage du prodigue. — La validité de son mariage entraîne-t-elle celle du contrat ? — Jurisprudence de la Cour de cassation. — Application à l'hypothèse où la nullité résultant du défaut de capacité a été couverte quant au mariage. — Jurisprudence.

CHAPITRE III. — Etude de la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales. 18

Contient-elle un principe d'indivisibilité entre le mariage et le contrat, à partir du moment de la célébration du mariage. — Importance de la règle de l'immutabilité. — Tendance de la jurisprudence à l'étendre. — Justification proposée du principe de l'immutabilité. — La règle de l'immutabilité ne contient pas un principe d'indivisibilité.

CONCLUSION. — Il n'y a pas indivisibilité entre le mariage et le contrat de mariage. — Il n'existe entre eux aucun lien résultant d'une volonté de les associer.

DEUXIÈME PARTIE

**INDIVISIBILITÉ ENTRE LES CLAUSES
D'UN MÊME CONTRAT 31**

Indivisibilité d'interprétation. — Indivisibilité de validité. — Limitation à cette dernière question.

TITRE PREMIER

Etude des principes théoriques applicables aux questions de validité subordonnée en général. 32

CHAPITRE PREMIER. — Influence des peines privées . . 34

Hypothèse du mariage putatif. — Quand un seul des conjoints est de bonne foi. — Ce n'est pas une question d'indivisibilité. — Hypothèse des déchéances de l'article 299 du Code civil, en cas de divorce.

CHAPITRE II. — Influence des principes contenus aux articles 1172 et 900 37

De l'indivisibilité entre l'acte conditionnel et sa condition. — Etude du caractère conditionnel véritable. — Exposé des hypothèses dans lesquelles l'emploi d'une condition ne correspond pas à un véritable acte conditionnel. — Motifs qui peuvent porter les parties à donner la forme conditionnelle à un acte qui ne le comporte pas nécessairement.

CHAPITRE III. — Division entre les différentes catégories de « conditions »	44
Conditions, éléments essentiels de formation. — Conditions véritables. — Conditions déguisant sous l'apparence d'élément accidentel un élément de fond.	
CHAPITRE IV. — Classification des conditions dites « potestatives »	48
Les articles 1172 et 900 se réfèrent à des hypothèses de conditions potestatives apposées à des engagements unilatéraux. — Les conditions immorales, impossibles, illicites, ne peuvent être que des conditions potestatives. — Les conditions potestatives sont-elles de véritables conditions ?	
CHAPITRE V. — Dans l'article 1172, la condition joue le rôle de cause	51
CHAPITRE VI. — Dans l'article 900, la condition immorale, impossible ou illicite est une condition potestative apposée à un engagement unilatéral.	54
Motifs qui poussent le donateur à adopter la forme conditionnelle de l'article 900. — La condition fonctionne comme une cause dans l'article 900.	
CHAPITRE VII. — Les solutions de l'article 1172 s'expliquent-elles par des règles empruntées à la théorie de l'indivisibilité ?	58
Explication tirée de la volonté présumée des parties. — Objections contre cette explication. — Explication par la notion de cause et l'idée d'équilibre tirée de l'étude de la jurisprudence sur l'article 1172. — Arrêt de la Cour de Lyon du 19 décembre 1867. — Arrêt de la Cour de Pau, du 16 juin 1890. — Arrêt de la Cour de Poitiers du 24 mai 1897. — Arrêt de la Cour de Caen, du 30 avril 1860.	
CHAPITRE VIII. — Les solutions de l'article 900	66
L'explication par la théorie de l'intention libérale. — Réfutation. — Le caractère impératif de l'article 900. — La théorie de la cause impulsive et déterminante.	

CHAPITRE IX. — Le rapprochement des articles 1172 et 900, d'une part, avec l'article 1184, d'autre part . . .	69
---	----

L'arrêt de la Cour d'Amiens, du 7 mars 1893.

CONCLUSION. — La recherche de volonté n'est pas la raison d'être des articles 1172 et 900.

TITRE II

Les principes de la validité subordonnée tirés des articles 1172 et 900 sont-ils applicables au contrat de mariage ?

CHAPITRE PREMIER. — Les différentes parties du contrat de mariage jouent-elles entre elles le rôle de conditions potestatives apposées à des engagements unilatéraux ?	74
--	----

Elles ne sont conditionnelles ni dans la forme ni dans le fond. — Elles ne peuvent être des conditions potestatives. — Le contrat de mariage répugne aux conditions et notamment aux conditions potestatives. — Elles ne sont pas apposées à des engagements unilatéraux. — Le contrat de mariage est un acte complexe. — Inapplicabilité de l'article 1172 aux actes complexes. — Jurisprudence en matière de transaction.

CONCLUSION.

CHAPITRE II. — Les principes des articles 1172 et 900 sont-ils au moins applicables aux rapports de validité subordonnée entre une libéralité et l'ensemble du contrat de mariage envisagé comme condition des libéralités par contrat ?	81
--	----

Ils ne permettent pas de résoudre l'hypothèse où c'est la libéralité qui est nulle et non les clauses envisagées comme condition de la libéralité. — L'ensemble des clauses envisagé comme condition de la libéralité ne saurait être pratiquement impossible, immoral ou illicite, la nullité dérivera en fait d'une incapacité ou d'un défaut de forme. — Les donations par contrat de mariage n'ont pas un caractère conditionnel.

CHAPITRE III. — Les articles 1172 et 900 n'étant pas fondés sur une volonté présumée, en écartant ces articles, va-t-on faire reparaître une indivisibilité fondée sur l'intention présumée des parties ?	85
---	----

Importance de la volonté des parties dans l'étude des liens unissant les diverses parties d'un contrat de mariage. — Exposé de la thèse de l'indivisibilité fondée sur la volonté des parties. — Réfutation. — Enoncé des idées maîtresses qui se dégagent des arrêts. — Importance des notions de lien nécessaire d'équilibre, d'utilité.

CONCLUSION. — Le contrat de mariage est toujours divisible. — Division du sujet.

TITRE III

Hypothèses où une partie du contrat de mariage est atteinte de nullité, les autres parties ne l'étant pas.

CHAPITRE PREMIER. — Examen de cette hypothèse quand elle porte sur les différentes clauses du régime entre elles.	95
---	----

Définition de l'expression « clause de régime ». — Examen des divers cas où une clause de régime peut être nulle. — *Vice de forme*. — Il entraîne la nullité générale. — *Incapacité*. — Mineur. — Article 1398. — Impossibilité de supposer une nullité partielle pour incapacité dérivant de la minorité. — Prodigue. — Certaines clauses de son régime peuvent-elles être frappées de nullité, les autres restant valables ? Opinion des auteurs. — Examen des diverses clauses qui pourraient être déclarées nulles isolément. — Clause de reprises d'apport franc et quitte et de préciput. — Arrêt de Paris du 15 juin 1895. — Validité de ces clauses. — Impossibilité de découvrir des clauses de régime qui seraient nulles comme consenties par un prodigue. — Son incapacité en matière de contrat de mariage se réduit aux libéralités. — *Vices du consentement*. — Dol, rareté de ces hypothèses. — Violences. — *Nullité d'ordre public*. — Articles 1388 et 1389. — C'est la seule hypothèse où l'on rencontre pratiquement une nullité s'appliquant à des clauses partielles du régime. —

Leur nullité n'entraîne-t-elle pas celle des autres clauses ? — Solution résultant des articles 1888 et 1489. — Ils se contentent d'annuler la clause contraire à leur prescription. — Solution de la jurisprudence. — Arrêt de la Cour de Bordeaux du 1^{er} juillet 1886. — Pas d'indivisibilité si les clauses valables restent utiles. — Opinion contraire de la doctrine : MM. Esmein, de Loynes et Wahl.

CHAPITRE II. — De l'influence qu'exercent sur leurs validités réciproques les libéralités et le contrat de mariage. 116

Définition des libéralités par contrat de mariage. — Distinction entre la libéralité et la convention de mariage. — La convention de mariage envisagée comme une règle conventionnelle de composition ou de répartition du patrimoine.

A. — Donation valable et contrat nul.

Spécialement du cas de nullité pour défaut de présence de la future épouse. — Jurisprudence des Cours du Midi admettant la possibilité d'une libéralité valable. — Raison de cette solution contraire à l'indivisibilité. — Absence de recherche d'intention. — L'utilité de la libéralité. — Celle-ci constituera-t-elle un propre ? — Arrêt de Nîmes, du 30 août 1854. — Opinion contraire de MM. Aubry et Rau et de la Cour de cassation qui repoussent la recherche d'intention du donateur. — Arguments à l'appui de cette solution.

B. — Libéralité nulle et contrat valable.

Influence de la libéralité nulle sur les autres libéralités valables. — Libéralités faites par un tiers, leur indépendance. — Libéralités entre époux par contrat. — Indépendance des libéralités non réciproques. — Difficultés pour les libéralités réciproques. — Opinion de MM. Lambert et de Loynes. — Ces libéralités ne constitueraient-elles qu'un acte unique ? — Pourquoi cette question ne saurait avoir beaucoup d'importance pratique. — Observation de M. Wahl.

Influence de la libéralité nulle sur le contrat valable. — Opinion de la doctrine. — MM. Wahl et Baudry-Lacantinerie. — Recherche d'intention des contractants. —

Examen de la jurisprudence dans deux groupes d'hypothèses : 1° la nullité prononcée pour incapacité du donateur pourvu d'un conseil judiciaire. — Arrêt des chambres réunies du 21 juin 1892 ; le principe de l'indivisibilité n'a pas triomphé. — Raisons de cette décision. — Faut-il la fonder sur ce qu'en fait les contractants n'avaient pas subordonné le contrat à la validité ? — Opinion de la doctrine. — M. le procureur général Roujat. — MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes. — Les attendus des arrêts. — Critérium objectif. — Notions de lien nécessaire d'équilibre. — 2° La nullité prononcée parce que le mineur donateur n'a pas été spécialement autorisé par son conseil de famille à faire cette donation. — L'arrêt de Cassation du 30 novembre 1908. — Il repousse encore la notion d'indivisibilité et se fonde sur le critérium d'utilité.

CHAPITRE III. — Influence réciproque des clauses étrangères au contrat de mariage et du contrat de mariage. 141

Etude des clauses étrangères au contrat de mariage. —
Clauses contenant quittance de dot. — Clauses contenant des avantages au profit des parents ou tuteurs des futurs époux. — Clauses relatives à la reconnaissance d'enfants naturels. — L'indépendance de ces clauses ne résulte pas d'une recherche d'intention.

TITRE IV

L'indivisibilité des différentes parties du contrat de mariage dans ses rapports avec son immutabilité.

CHAPITRE PREMIER. — Le principe d'immutabilité s'oppose à ce qu'on recherche au cours du mariage quelle a pu être avant le mariage l'intention des parties dans le contrat de mariage lorsque cette intention ne résulte pas manifestement du contrat. 152

Il s'oppose également à ce que des intentions nouvelles se manifestent au cours du mariage. — Rapprochement qu'on peut établir entre le principe de l'indivisibilité et

celui de l'immutabilité. — Limitation du premier par le second.

CHAPITRE II. — Exception au principe d'immutabilité : la séparation de biens 155

L'article 1451 et le principe du rétablissement total de communauté. — En cas de rétablissement partiel, la communauté est-elle rétablie complètement, ou y a-t-il maintien intégral de la séparation de biens ? — Est-ce une question de recherche d'intention ? Opinion de M. Baudry-Lacantinerie. — Dans l'article 1451 l'indivisibilité est hors de cause.

CHAPITRE III. — Hypothèse de la séparation de corps. . 162

Conflit des articles 1451 et 311 modifié par la loi de 1893. — Jugement du tribunal de Nîmes du 30 juillet 1896. — Conciliation des deux articles. — Dans l'hypothèse de réconciliation sans rétablissement de régime, que deviennent les libéralités entre époux faites par contrat. — Ce rétablissement est-il contraire au principe de l'indivisibilité. — Arrêt de Rennes, du 23 décembre 1892, et de Caen du 15 avril 1885. — Arrêt de Cassation. — La solution de la question ne relève pas du principe d'indivisibilité.

TROISIÈME PARTIE

**CE QUI RESTE DU PRINCIPE DE L'INDIVISIBILITÉ
APRÈS EXAMEN DE LA JURISPRUDENCE 169**

Répugnance de la jurisprudence à étendre les nullités en matière de contrat de mariage — L'indivisibilité employée plutôt comme élément de validité générale. — La reconnaissance de l'idée d'indivisibilité dans les arrêts à propos de contrat de mariage n'a jamais conduit à appliquer les conséquences du principe dans le sens d'une nullité totale. — Explication de ce phénomène. — Origine de l'idée. — Troplong. — Son influence doctrinale. — Les arrêts contiennent le mot, non la chose.

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
